Umwandlung von Gesellschaftsformen

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristischen Fakultät

der

Königl. Universität zu Marburg

vorgelegt von

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Alice Eisner
aus Berlin

Berlin 1916
Emil Ebering
Mittelstr. 39

Berichterstatter: Prof. Dr. **Martin Wolff**.

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht.

Seite

Literaturverzeichnis 7

A. Einleitung.

§ 1. Ueberblick über Gesellschaftsformen, Notwendigkeit der Uebergangsmöglichkeiten 11

§ 2. Abgrenzung der Umwandlung von auszuscheidenden Fällen 15

B. Erster Teil. Umwandlungen innerhalb der juristischen Personen.

§ 3. Die gesetzlich geregelten Fälle 22

§ 4. Unterschiede der verschiedenen Uebergänge: Singularsukzession, Universalsukzession, Identität 43

§ 5. Erwägung von Analogien zu den vom Gesetz behandelten Umwandlungsfällen 47

§ 6. Die übrigen Umwandlungsfälle von Gesellschaftsarten innerhalb juristischer Personen 51

§ 7. Vorschläge de lege ferenda innerhalb juristischer Personen 56

Zweiter Teil. Umwandlungen von Gesellschaften im engeren Sinne ineinander.

§ 8. Die gesetzlich geregelten Fälle 60

§ 9. Die Fälle, in denen das Gesetz schweigt 64

Dritter Teil.

§ 10. Die Liquidationsgesellschaft als umgewandelte Gesellschaft und die Umwandlung einer Gesellschaft in Liquidation 77

Vierter Teil.

§ 11. Uebergänge von Gesellschaften im engeren Sinne zu juristischen Personen 81

Literatur.

Arndt, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 8. Auflage. Freiburg 1914.

Biermann, Bürgerliches Recht. Berlin 1908/14.

Birkenbihl und Maurer, Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, Kommentar, 2. Auflage, 1898.

Brand, Arthur, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1911.

Brassert-Gottschalk, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, Kommentar, 2. Aufl., Bonn 1914.

Cohen, Ueber die Notwendigkeit der Auflassung bei der Einbringung von Grundstücken in offene Handelsgesellschaften und bei der Umwandlung von Gemeinschaftsformen in offene Handelsgesellschaften. Jenenser Dissertation 1903.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Aufl., Stuttgart 1910.

Däbritz, Die Fusion von Aktiengesellschaften, Diss. Leipzig 1908.

Deitigsmann, Eigentumsübertragung von Gesamthandsgrundstücken ohne Auflassung, Heidelberger Dissertation, Karlsruhe 1910.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, 3/4. Aufl.; 4. Auflage der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Raape 1915; Das Sachenrecht, 4. Auflage 1908.

Döge, Fusion von Aktiengesellschaften. Dissertation. Leipzig 1908.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere 4. Bd. 1. Abt.: Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Mannheim 1914.

Eltze, Die Umwandlung der Aktiengesellschaft, Dissertation, Greifswald 1900.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9.—11. Auflage, Marburg 1913—1915.

Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht, 1. Aufl. 1908, Bd. II, 2. Aufl., von Arnheim allein herausgegeben 1913.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich, Kommentar, 11. Aufl., Tübingen 1913.
Geller, Das (österreichische) Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Aufl., Wien 1910.
Gierke, Otto v., Vereine ohne Rechtsfähigkeit in der Festgabe für Heinrich Dernburg 1900, 2. ergänzte Aufl. 1902.
— Das deutsche Genossenschaftsrecht 1868—1881.
— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin, Weidmann 1887.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch, Kommentar, Berlin 1905.
Güthe, Die Grundbuchordnung für das deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, Kommentar, 3. Auflage, Berlin 1913.
Heinitz, Kommentar zum preußischen Stempelsteuergesetz, 3. Aufl., Berlin 1909.
Henoch, Die Umwandlung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in eine Aktiengesellschaft und einer Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft auf Aktien. Diss. Heidelberg, Berlin 1906.
Holthöfer, Hugo, Die eingetragene Genossenschaft und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. Ein juristischer Vergleich. Diss. Heidelberg, Leipzig 1906.
Hummel und Specht, Das Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895, Kommentar, Berlin 1906.
Jaraczewer, Die Haftung für rechtsgeschäftliche Schulden eines nicht rechtsfähigen Vereins nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen, Breslau 1905.
Jung, Umwandlung von Gesellschaften in der Bayrischen Notariatszeitung, 12. Jahrgang, 1911, S. 320 ff.
Kleinrath, Die Umwandlung von Gewerkschaften in der Leipziger Zeitschrift 1909, S. 212.
Klostermann, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten nebst Kommentar, 6. Aufl., Berlin 1911.
Lehmann, Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungsformen, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, S. 1 ff.
— Das Recht der Aktiengesellschaften, I. Bd., 1898; II. Band, Berlin 1904.
— Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Leipzig 1912.
— Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen im deutschen Handelsrecht. Sonderabdruck aus der Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, 1914, 2 Bände.

Liebmann, Komm. zum GmbHG., 5. Aufl. 1906.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Berlin 1906, 13. Aufl.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6. u. 7. Aufl., 1914.
Müller-Erzbach, Die Erhaltung des Unternehmens in der ZHR. 61, S. 357 ff.
Müller, Paul Gerhard, Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Leipzig 1896.
Neukamp, Kommentar zum GmbH.-Gesetz von 1892 in der Fassung von 1898, 3. u. 4. Aufl., 1907.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 4. Aufl., Berlin 1909.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Berlin 1908.
Ofner und Thorsch, Das österreichische Gesetz vom 6. März 1906 über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Wien 1911, 2. Aufl.
Parisius und Crüger, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kommentar, Berlin 1911.
— Kommentar zum Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 7. Aufl., Berlin 1911; 7. u. 8. Aufl. 1915.
Pinner, Das deutsche Aktienrecht, Berlin 1899.
Planck-Strohal, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage, 1915.
Predari, Kommentar zur Grundbuchordnung, 2. Aufl., Berlin 1913.
Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, München, 1. Aufl. 1903, 2. Aufl. 1914.
Schlotter, Die Umwandlung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung in Aktiengesellschaften in der Leipziger Ztschr. 1909, S. 298.
Schlüter und Hense, Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten mit Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1913.
Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften und der Kommanditgesellschaften auf Aktien, 3. Aufl., Berlin 1899.
Staub (Könige-Pinner-Bondi), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 9. Aufl., Berlin 1912.
Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 4. Aufl., Berlin 1913.
Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 7. u. 8. Aufl., Berlin 1912.
Tuhr, A. v., Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I und II; Leipzig 1910.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Paderborn, 3. Aufl., 1906.
Wandschneider, Die Fusion von Aktiengesellschaften, Diss. Rostock 1910.

Westhoff-Bennhold, Das preußische Gewerkschaftsrecht, 2. Aufl., Bonn 1912.
Wiener, Umwandlung und Fusion von Gesellschaften in der Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 27, Seite 336 ff.
Wimpfheimer, Die Gesellschaften des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts im Stadium der Liquidation, in Fischers Abhandlungen, München 1908.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.
Wolff-Birkenbihl, Die Praxis der Finanzierung, 2. Aufl. Berlin 1908.
Ziegler, Fusion von Aktiengesellschaften nach dem geltenden deutschen Recht in Holdheims Monatsschrift (1909), Bd. 18, S. 57 ff.

Die Abkürzungen der Rechtsquellen sind in Uebereinstimmung mit den Vorschlägen des Deutschen Juristentages (2. Ausgabe, Berlin 1910, Guttentagsche Verlagsbuchhandlung) gewählt.

Die vorübergehend benutzte Literatur ist an den einschlägigen Stellen zitiert.

Einleitung.

§ 1.

Ueberblick über Gesellschaftsformen. Notwendigkeit der Uebergangsmöglichkeiten.

Das moderne deutsche Recht zeigt eine Fülle von Gesellschaftsformen,[1] unter denen Personenvereinigungen wirtschaftliche oder ideale Zwecke verfolgen können. Diese Typen, die teils aus dem Mittelalter umgebildet übernommen, z. B. die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, teils neu geschaffen sind, z. B. die Gesellschaft m. b. H., die eingetragene Genossenschaft, fallen, was ihre Rechtsnatur anbetrifft, zum Teil unter den Gattungsbegriff der juristischen Person, zum Teil unter den der Gesellschaft (-Gemeinschaft zur gesamten Hand).[2]

Bei der Einteilung der Gesellschaftsformen in juristische Personen und Gesellschaften sind innerhalb des Privatrechts:

---

1. Wenn von „Gesellschaften" oder „Gesellschaft" in der Abhandlung gesprochen wird, so sind einmal ganz allgemein Personenvereinigungen als Zweckverbände gemeint, spricht man doch von Aktien-Gesellschaften, Gesellschaften m. b. H., sodann aber die Personenverbände im Gegensatz zu juristischen Personen als Oberbegriff zu nicht rechtsfähigen Vereinen u. Gesellschaften des bürg. Rechts usw. Aus dem Text wird sich jedesmal der Unterschied ergeben.

2. Während die römische societas nur obligatorische Bindung der Gesellschafter, ein Miteigentum nach Bruchteilen und kein abgesondertes Gesellschaftsvermögen kennt.

a) juristische Personen:

1. der rechtsfähige Verein, geregelt im BGB. §§ 21 ff.;

2. Die Aktiengesellschaft, HGB. §§ 178 ff.;[3]

3. Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, HGB. §§ 320 ff.;[4]

4. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung,[5] RGes. v. 20. April 1892, Neufassung v. 20. Mai 1898;

5. Die Eingetragene Genossenschaft,[6] RGes. betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. Mai 1889, Neufassung vom 20. Mai 1898;

6. Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit. RG. über die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. Mai 1901 §§ 15 ff.;

7. Die Gewerkschaft neueren Rechts, insbes. des preuß. Berggesetzes v. 24. 6. 1865 §§ 94—134.[7]

b) Gesellschaften:

1. Gesellschaft des bürgerlichen Rechts §§ 705 ff. BGB.;

2. Nicht rechtsfähiger Verein, auf den das Gesellschaftsrecht analog angewandt wird, § 54 BGB.;

3. Offene Handelsgesellschaft, HGB. §§ 105 ff.;[8]

4. Die Kommanditgesellschaft, HGB. §§ 161 ff.;[9]

---

3. Vgl. Gierke, D. Genossenschaftstheorie, S. 38 ff. Von den Kommentaren und der ständigen Praxis des RG. unbestritten, z. B. RG. 63, 205.

4. Vgl. Staub, Anm. 2 z. § 320 HGB. u. d. dort zit. Lit. A. M. Cosack § 219, I, 1 S. 794, der die KommGes. als eine Ges. z. ges. Hand auffaßt u. der Kommanditistengesamtheit juristische Persönlichkeit beilegt.

5. Ueber die G. m. b. H. als Jur. Person vgl. Frankenburger in SeuffBl. Bd. 72, S. 99, 1; Staub-Hachenburg, Anm. 1 u. 2 zu § 13 GmbHG.

6. Gierke, S. 42 ff.

7. Gierke S. 44 ff. §§ 95—100 d. Allgem. Bergges. f. d. Preuß. Staaten v. 24. Juni 1865; u. a. auch KGJohow 5, 219; RG. 23, 202; KGJohow 13, 220.

8. Gierke hat im Archiv BürgR. 19, 116 gesagt: „Der unsäg-

5. Die Reederei, HGB. § 489 ff.;[10]

6. Die ältere Gewerkschaft, insbes. die des preuß. ALR. II, 16.

Eine Sonderstellung nimmt die stille Gesellschaft ein. Sie ist nach § 335 HGB. Beteiligung an dem Handelsgewerbe eines andern mit einer in das Vermögen des letzteren übergehenden Vermögenseinlage. Das Handelsgewerbe, an dem sich der stille Gesellschafter beteiligt, kann also in der Form eines Einzelgeschäftes oder einer Gesellschaft (juristische Person oder Gesamthand) betrieben werden. Zu einer Umwandlung der Unternehmungsform des Handelsgeschäfts wird immer die Zustimmung des stillen Gesellschafters erforderlich sein.[11] Im übrigen kann demnach die stille Gesellschaft für die Umwandlungsfrage hier außer Betracht bleiben.

II. Bezüglich der Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen sagt Lehmann in der ZHR. 50, 11: „Der

---

liche männermordende Streit scheint geschlichtet, die Handelsgesellschaft ist eine nach dem Prinzip der gesamten Hand konstruierte Gesellschaft." Die Gesamthandsnatur der off. HGes. ist heute herrschende Meinung. Vgl. darüber Lehmann-Ring, S. 332, Bd. I, Vorbem. zu § 105 HGB.; Staub, Anm. 8 zu § 105; Düringer-Hachenburg, Anm. 13 zu § 105, S. 359. Als jur. Person faßt die off. HGes. auf: Kohler ZHR. 74, 456 ff.; vgl. die Entgegnung Lehmanns dazu, ebd. S. 462 und Kohler in Arch. Bürg. R., Bd. 40, S. 229 ff., die o. HG. als relativ jur. Pers. bezeichnet Gareis, Lhb. § 27 (D. Dtsch. HR. 8. Aufl. Berl. 1909, S. 162, ebenso Handausg. d. HGB., Anm. 1 z. § 124.

9. Was für die jur. Natur der off. HGes. gesagt ist, gilt auch für die KommG.

10. Die jur. Natur der Reederei ist bestritten. Vgl. darüber Schaps, Das deutsche Seerecht. Komm. z. 4. Buch d. HGB. Berl. 1906. Anm. 26 zu § 489 HGB. Die Reederei ist m. E. nicht jur. Person, auch nicht relativ jur. Person, sondern eine besonders geartete Gesellschaft. Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 53, vgl. unt. S. 74.

11. Vgl. Lehmann-Ring Nr. 15 zu § 335 HGB. und Staub, Anm. 33 zu § 335 HGB.

großen Fülle der Unternehmungsformen stand und steht, wenn auch jetzt gemildert, eine starke Abschließung der einen Form der andern gegenüber". Dies gilt auch für alle Gesellschaftsformen.[12] Und doch sind rechtlich erleichterte Uebergänge von der einmal gewählten Assoziationsform zur anderen, bei denen eine Auflösung und Neugründung (über die nachteiligen Folgen vgl. unten S. 43 ff.) überbrückt wird, wirtschaftlich wünschenswert.[13]

Diese Gedanken haben auch bereits Eingang in das heutige Recht gefunden. Es hat Uebergangserleichterungen

---

12. Gesellschaftsform und Unternehmungsform decken sich begrifflich nicht. „Unternehmungsform ist die rechtliche Ausprägung eines wirtschaftlichen, bezw. handelsgewerblichen Unternehmens", Lehmann S. 5; wobei der Begriff „Unternehmen" von Lehmann nicht definiert wird. Was Unternehmen bedeutet, ob es ein Recht am Unternehmen gibt, ist bestritten, vgl. Pisko, Das kaufmännische Unternehmen im Hdb. des HR. von Ehrenberg, II. Leipzig 1914, S. 195 ff. Anm. 1. Literatur über das Unternehmen. Es soll hier nicht auf den Begriff des Unternehmens eingegangen werden, doch kann soviel gesagt werden, daß das Unternehmen als solches Rechtsobjekt ist. Unternehmungsform ist also die rechtliche Form, die dem Rechtsobjekt Unternehmen gegeben ist und die in erster Linie abhängig ist vom Rechtssubjekt, dem Unternehmer. Auch das Geschäft eines Einzelkaufmanns kann Unternehmungsform haben. Es können sich auch mehrere Unternehmer zum Betrieb desselben Unternehmens vereinigen, dann wird sich die rechtliche Gestaltung des Unternehmens nach der Rechtsform ihrer Vereinigung richten, und insofern bedeuten Gesellschaftsform und Unternehmungsform dasselbe. Es ist also das, was Lehmann über Umwandlungen handelsrechtlicher Unternehmungen, die eben zum größten Teil sich unter Gesellschaftsformen darstellen, ausgeführt hat, hier heranzuziehen. Andrerseits geht die Umwandlung von Gesellschaftsformen weiter, da hierunter auch Umwandlungen von Vereinigungen fallen, die nicht ein handelsgewerbliches Ziel verfolgen, z. B. politische Vereine, Berufsgenossenschaften.

13. So wird es z. B. „immer vorkommen, daß Gesellschaften sich bei ihrer Errichtung in der Wahl der geeigneten Gesellschaftsform vergreifen, und in solchen Fällen muß die Möglichkeit des Ueberganges zur geeigneteren Form erleichtert werden." Komm-

geschaffen einmal bei Fusionen von zwei verschiedenen Gesellschaftsformen, sodann bei Umwandlungen einer Gesellschaft in die andere.

§ 2.

Abgrenzung der Umwandlung von auszuscheidenden Fällen.

Mit der Umwandlung von Gesellschaftsformen soll sich die vorliegende Arbeit beschäftigen. Uebergänge von Gesellschaftsformen ineinander und Veränderungen innerhalb einer Gesellschaft, die keine Umwandlung bedeuten, sind hier auszuscheiden.

1. Die Fälle der Fusion. Fusion bedeutet die Verschmelzung mehrerer selbständiger Gesellschaften zu einem einzigen Gebilde.[1] Das kann in der Weise erfolgen, daß eine oder mehrere Gesellschaften in einer anderen aufgehen, sog. Inkorporierung — gesetzliche Fusion, oder daß eine oder mehrere Gesellschaften sich zu einer neuen (dritten) Form vereinigen, sogen. wirtschaftliche Fusion. Das Gesetz braucht die Namen Fusion, Inkorporierung nicht, sondern redet von Uebertragung des Vermögens im Ganzen. Nur der Fall der Inkorporierung ist im HGB. §§ 305, 306 geregelt, und zwar bezieht sich die Fusion nur auf zwei Aktiengesellschaften, oder eine Aktiengesellschaft und eine Kommanditgesellschaft. Wird das Vermögen einer AG. z. B. von einer GmbH. übernommen, so greifen die allgemeinen Vorschriften über Verwertung des Gesellschaftsvermögens Platz, § 303 HGB. Es können immer nur zwei Gesellschaften durch Fusion verschmolzen werden. Sollen

---

Ber. z. E. II GmbHG., S. 13, 14. Drucks. 3. LegPer. I, Sess. 1890/2, Nr. 744. Vgl. a. RG. i. Recht 1913, Nr. 2163. Was über die Motive d. Fusionen gilt, ist auch z. T. für Umwandlungsmotive maßgebend, vgl. darüber Schmalenbach, Z. f. handelswiss. Forschg., Bd. 4 (1909/10), S. 50.

1. Vgl. v. Ziegler, S. 57; Lehmann, Aktienrecht II, S. 523.

mehrere Aktiengesellschaften einer dritten inkorporiert werden, so liegen mehrere Fusionen vor.[2] Die gesetzliche Fusion ist möglich mit Liquidation, sog. uneigentliche Fusion § 305, und sog. eigentliche Fusion, vom Gesetz als Unterfall behandelt, § 306 HGB. Der Fall der wirtschaftlichen Fusion hat keinen gesetzlichen Boden, die Beobachtung der Gründungsvorschriften ist erforderlich.[3]

Die Fusion wird in der Literatur vielfach als „Umwandlungsfall" bezeichnet[4] oder sogar die Umwandlung als Unterfall der Fusion aufgefaßt.[5]

M. E. sind beide Begriffe scharf von einander zu trennen:[6] Der Fall der Inkorporierung einer AG. in eine AG., die Fusion zweier Aktiengesellschaften zu einer dritten AG. unterscheidet sich von der Umwandlung einer AG. in eine andere Gesellschaft dadurch, daß bei der Fusion immer wieder eine AG. entsteht oder bleibt, während man gut tut, von einer Umwandlung nur da zu sprechen, wo ein bestehendes Unternehmen eine andere Form erhält. Der

---

2. Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 305 HGB., Rehm, 1. Aufl., S. 394, Anm. 5; v. Ziegler, S. 59.

3. Lehmann-Ring Anm. 1, S. S. 268 zu § 306 HGB.; Lehmann ZHR. 50, S. 23; v. Ziegler, S. 57; Rehm 1. Aufl., S. 394; Däbritz Diss., S. 1 und 3; Döge Diss. S. 3; Wandschneider Diss. S. 5. Für das ADHGB. wollen einige Schriftsteller Anwendung oder analoge Anwendung der Fusionsnormen, vgl. Wiener S. 370, Anm. 37 (Art. 247, 215, II ADHGB.). Anschütz und Völderndorff, Komm. zum ADHGB. Erlangen 1870, S. 541, Anm. 2 und 1. Supplementheft 1884, S. 744, Anm. 4.

4. So bei Wiener, S. 333, 365. Andrerseits behandelt Wiener aber (S. 382 „Die Umwandlungsform der Fusion") in zwei Abschnitten Fusion und Umwandlung. Lehmann behandelt unter dem Thema handelsrechtlicher Unternehmungsformen sowohl Fusion wie Umwandlung nebeneinander. Er macht aber einen begrifflichen Unterschied zwischen Fusion und Umwandlung; vgl. Aktieenrecht II, S. 538 und Schutz und Erhaltung kaufm. Unternehmungen, S. 26.

5. Vgl. Denkschrift zum HGB. S. 88 links in den Materialien zum HGB. Carl Heymanns Verlag.

6. So bei Wolff-Birkenbihl, S. 143. Müller-Erzbach, S. 407.

Fall der Inkorporierung z. B. einer AG. in eine KGA. ist dem Umwandlungsfall schon näher. Hier bleibt nach der Fusion eine KGA. bestehen, es liegt ein Uebergang von einer AG. zur KGA., also ein Uebergang von einer Gesellschaft zur anderen vor. Trotzdem kann m. E. nicht von einer Umwandlung gesprochen werden: Die KGA., die die AG. aufgenommen hat, bestand bereits, ehe die Fusion stattfand. Es gehört zum Begriffsmerkmal der Fusion, daß die zu verschmelzenden Gesellschaften bereits bestehen oder wenigstens gegründet werden, ehe eine Fusion vorgenommen wird.[7] Der Begriff der Umwandlung ist auf solche Fälle zu beschränken, in denen die Form, in die die Umwandlung geschieht, vorher nicht schon (für ein anderes Unternehmen) vorhanden war.

Auch aus dem Gesetz geht nicht hervor, daß Fusion eine Unterart der Umwandlung, oder umgekehrt Umwandlung eine Unterart der Fusion darstellt. § 307 Abs. 1 HGB. spricht von Veräußerung des Vermögens im Ganzen o d e r Umwandlung; ein Unterordnungsverhältnis in der Auffassung des Gesetzes wird dadurch nicht ausgedrückt, andernfalls würde vielleicht i n s b e s o n d e r e im Wortlaut stehen. Fusion und Umwandlung sind wohl wirtschaftlich miteinander verwandte, doch von einander unabhängige Begriffe, und demgemäß ist hier die Fusion von Gesellschaften aus der Darstellung der Umwandlung von Gesellschaftsformen auszuscheiden.

Möglich ist auch eine Verbindung von Fusion und Umwandlung, z. B. zwei Gewerkschaften bilden eine AG.[8]

2. Im Anschluß an die Fusion wird gewöhnlich auch die Verstaatlichung in der Literatur behandelt. Es handelt

---

7. Vgl. Döge, S. 6; Däbritz S. 6: Lehmann-Ring Nr. 2 zu § 305 HGB., Staub Anm. 1 zu 306.

8. Vgl. Schmalenbach. Die Technik der Fusionen in der Z. f. handelswiss. Forschg. 4, 50 Anm. 2.

sich in diesen Fällen darum, daß ein Unternehmen von dem deutschen Reiche, einem Bundesstaate oder einem inländischen Kommunalverband übernommen wird. Das Gesetz selbst spricht auch hier im § 304 (Verstaatlichung einer AG. bezw. KGA. § 320, III HGB., bei anderen Gesellschaftsformen bietet das Gesetz keine Verstaatlichungserleichterungen) von Uebernahme des Vermögens als Ganzes. § 304 erscheint ebenso wie die Fusionsfälle der §§ 305, 306 HGB. als Unterfall des § 303 HGB.; Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen. Das scheint nach der Auffassung des Gesetzes der Oberbegriff zu Fusion und Verstaatlichung zu sein.[9] In der Auffassung des Gesetzes ist m. E. Verstaatlichung nicht Fusion, aber auch nicht Umwandlung. Das ergibt sich wieder aus § 307, I HGB.

Dagegen wird in der Literatur die Verstaatlichung, zum Teil unter den Begriff der Umwandlung gestellt. Letzteres nimmt v. Ziegler[10] an, indem er sagt: Bei Verstaatlichungen könne „man nicht recht mehr von einer Fusion sprechen, da es sich meist nicht um Angliederung an ein bestimmtes wirtschaftlich tätiges Unternehmen handelt — eine Verschmelzung — als vielmehr um Ersatz des privaten Unternehmers durch den öffentlichen, also nur um eine Umwandlung.“ Die Verstaatlichung ist nicht immer eine Fusion, dem ist beizupflichten. Ob aber Ersatz des einen Unternehmers durch einen anderen, also Sukzession der Rechtssubjekte,[11] die Unterstellung unter den Umwandlungsbegriff rechtfertigen, ist eine andere Frage.

---

9. Vgl. Lehmann, Aktienrecht II, S. 538.

10. S. 58; vgl. auch Wiener S. 355 ff. Er behandelt die Verstaatlichung unter d. Abschn. „Umwandlung“ u. nicht unt. Fusion, ohne aber auf d. Begriff der Verstaatlichung näher einzugehen. Lehmann ZHR. 50, 6 spricht bei Verstaatlichung von Umwandlung der Unternehmungsform.

Wenn anstelle der physischen Einzelperson eine andere physische Einzelperson tritt, z. B. der Kaufmann A. veräußert sein Geschäft an den Kaufmann B., C. tritt seine Forderung an D. ab, E. stirbt und F. erbt sein Vermögen, so wird jeder Jurist von Sukzession, Rechtsnachfolge, sei es nun Singular- oder Universalsukzession, sprechen.[12]

Auch wird es keinem einfallen, hier von einer Umwandlung z. B. des Eisenwarengeschäfts, das Kaufmann A. an B. veräußert hat oder von einer Umwandlung der Forderung zu sprechen, letzteres wäre dann z. B. der Fall, wenn die Art der Forderung sich ändert, z. B. aus der Forderung aus einem Inhaberpapier eine Buchforderung wird (vgl. §§ 1393, 1815, 1820, 2117 BGB.), oder auch nicht von einer Umwandlung des Erbschaftsvermögens, es heißt im § 1922 BGB.: „Das Vermögen . . . geht . . . über", also Sukzession.[13]

Auch der Ersatz der physischen Einzelperson durch eine Gesamthand oder juristische Person bedeutet rechtlich eine Sukzession. Erst dann, wenn mit oder ohne Sukzession die Erscheinungsform der Gesellschaft wechselt, also z. B. aus der AG. eine EG. oder aus der o. HG. eine GmbH. wird, kann man von einer Umwandlung der Gesellschaft sprechen. Die bloße Sukzession von Rechtssubjekten bedeutet noch keine Umwandlung[14] der Gesellschaft. Bei der Verstaatlichung einer Gesellschaft wäre es denkbar, daß die Betriebsform der Gesellschaft die gleiche bleibt, die Kommune führt z. B. das übernommene Unternehmen in der Form der AG. weiter, dann läge nur Sukzession des Rechtssubjekts vor. Andrerseits wird aber auch bei der Verstaatlichung eine Aenderung der Betriebsform die Regel bilden,

---

11. Vgl. Lehmann ZHR. 50, 43.
12. Vgl. Dernburg. Allgem. Teil, S. 352, § 103, I.
13. Vgl. Lehmann, ZHR., Bd. 50, 8.
14. Anders läge es, wenn das Problem als „Umwandlung von Rechtsverhältnissen" gestellt wird, wie bei Schey in Grünhuts

dann ist es aber zweckmäßiger, nicht von einer Umwandlung zu sprechen, da auch hier die Unternehmungsform, in die die bisherige Gesellschaft verwandelt wird, bereits in der Realität besteht, da hier der Staat oder die Kommune eine Unternehmungsform bilden.

Die Verstaatlichung ist daher aus dem Thema über Umwandlung von Gesellschaftsformen auszuscheiden.

3. Unter den Begriff der Gesellschaftsumwandlung fallen nur rechtliche Verschiebungen, wirtschaftliche wie z. B. Aenderung des Unternehmungsgegenstandes: — eine offene Handelsgesellschaft verkauft statt Ansichtskarten Feldpostkartons usw. — bleiben hier völlig außer Betracht, da es sich dabei nicht um Aenderungen der Gesellschaft handelt, obwohl unter Umständen auch rechtliche Folgen eintreten können, z. B. eine Aenderung der Firma.[15]

Ferner werden solche für den Bestand der Gesellschaftsform unwesentlichen rechtlichen Veränderungen wie Satzungsänderungen der Art z. B., daß erhöhte oder verminderte Majorität für die Fassung irgend eines Beschlusses vorgeschrieben werden soll, nirgends als „Umwandlungen der Gesellschaft" bezeichnet. Nicht jede Statutenänderung ist eine Umwandlung der Gesellschaft, eine Umwandlung der Rechtsform kann aber durch das Mittel der Satzungsänderung vor sich gehen.

Als eine Umwandlung der Gesellschaft erscheinen auch m. E. nicht die Veränderungen im Personenbestande einer Gesellschaft, die auf den Bestand der betreffenden Gesellschaftsform, wie sie nach außen in die Erscheinung tritt,

---

Z., Bd. 7 und 8 oder bei Savigny, Syst. III, S. 4. Es handelt sich hier aber um die Problemstellung: Umwandlung der Gesellschaft, d. h. eines Rechtsverhältnisses nur zwischen Rechtssubjekten, den Gesellschaftern, ohne daß hier diesen ein Rechtsobjekt wie Gesellschaftsvermögen (was gar nicht vorhanden zu sein braucht) gegenübergestellt wird.

15. Vgl. Lehmann ZHR., Bd. 50, S. 1—4.

keinen Einfluß haben.[16] Daher ist es m. E. nicht richtig, wie Staub,[17] eine Verschiebung im Personenbestande einer off. HG., d. h. also z. B. Eintritt der Person B., Austritt der Person A. oder auch nur den Eintritt oder Austritt eines Gesellschaftsmitgliedes als Umwandlung der Gesellschaft aufzufassen. Die Tatsache, daß in solchen Fällen möglicherweise die Identität der Gesellschaftspersönlichkeit erhalten bleibt, während in beiden Fällen bei bloß interner Verschiebung und bei der Umwandlung an der Gesellschaft etwas geändert wird, nämlich Personenbestand, bezw. Rechtsform, berechtigen noch nicht zur Subsumtion beider Fälle unter den Umwandlungsbegriff. Dieser würde sonst unzweckmäßig erweitert werden.

---

16. Vgl. Lehmann, ZHR., 50, 7.

17. Vgl. Anm. 48 zu § 105 HGB., ferner Anm. 7 zu § 162 HGB. Scheidet ein Kommanditist aus und tritt gleichzeitig ein anderer ein, so liegt nach Staub eine „Umwandlung" der KG. vor.

Ebenso verweist das Generalregister zum Planckschen Kommentar (3. Aufl. 1907) unter „Umwandlung einer Gesellschaft" auf Teil II, 2 S. 773, wo die Rede nur vom Eintritt eines Gesellschafters in eine Gesellschaft des BGB. ist.

a) Daß der Wechsel (Eintritt oder Austritt) der Mitglieder einer Gesellschaft, die jur. Person ist, für die Erhaltung der Gesellschaft unerheblich ist, geht aus der Rechtsnatur der jur. Person hervor.

b) Komplizierter erst wird die Betrachtung der Gesamthand unter dem Gesichtspunkt des Wechsels der Mitglieder. Da dieser Wechsel m. E. keine Umwandlung darstellt, so ist hier nicht näher darauf einzugehen. Soviel sei gesagt:

α) Für den nicht rechtsfähigen Verein folgt die Identität des Vereins aus dem Vereinsbegriff. Vgl. dazu: Staudinger Anm. 5 zu § 54 BGB., Gierke, Vereine ohne Rechtsf., S. 26; Planck-Strohal Anm. 3 m zu § 54 BGB., RG. 60, 96.

β) Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vgl. Dernburg Bürg. R. II, 2 § 362, S. 672, 4. Aufl. 1915; Gierke im ArchBürgR. S. 129; Hellwig, Rechtskraft S. 207 Anm. 15; Knoke im ArchBürgR. 20, 17; v. Schwerin, Ueber den Begriff der Rechtsnachfolge, München 1905, S. 78. Der Anwachsungstheorie (Fort-

Erster Teil.

Umwandlungen innerhalb der juristischen Personen.

§ 3.

Die gesetzlich geregelten Fälle.

I. Das ALR. enthält weder im II. Teil, 6. Titel „Von Gesellschaften überhaupt und Korporationen und Gemeinen insonderheit", noch im 3. Abschnitt, Titel 17, Teil I „Von Gemeinschaften, welche durch Vertrag entstehen, irgend-

---

setzung der alten Gesellschaft) vergl. Staudinger, Anm. II zu § 736 BGB. ist m. E. zuzustimmen. Dagegen für Auflösung und Neugründung früher Planck und Knoke, Recht der Gesellschaft, S. 131, auch Reukauff, Rechtsnachfolge. Diss. 1906, S. 95.

γ) Für die off. HG. ist Identität anzunehmen, Staub Anm. 48 zu § 105 und Anm. 4 zu § 130 HGB.; Gierke, Genossenschaftstheorie, S. 477 ff.

δ) Für die Reederei bestimmt § 505, I HGB.: „Eine Aenderung in den Personen der Mitreeder ist ohne Einfluß auf den Fortbestand der Reederei."

c) Inwieweit juristische Personen oder Gesamthänderschaften wieder Mitglieder juristischer Personen oder Gesamthänderschaften sein können, ohne daß an der Form der Personenvereinigung nach außen etwas geändert wird, ist im einzelnen sehr bestritten. Es sei erinnert z. B. an die Streitfrage, ob eine AG. Mitglied einer off. HG. sein kann. Vgl. dazu Staub Anm. 22 zu § 105 HGB.; Lehmann-Ring, Nr. 3 zu § 105 HGB. usw. oder ob eine GmbH. Mitglied einer KG. sein kann. Vgl. Hachenburg in der DJZ. 1913, S. 54; Düringer-Hachenburg Anm. 20 zu § 105 HGB.; OLG. München in ZblFG. 13. Jhrg. (1913), S. 150 und noch andere Streitfragen, die zu entscheiden, hier kein Platz ist.

eine Bestimmung über die Umwandlung von Gesellschaften. Das ADHGB. (in den preußischen Gebietsteilen eingeführt durch Gesetz vom 24. Juni 1861) wies Bestimmungen nur über die Fusion auf, auch das Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaftsgesetz vom 4. Juli 1868 schweigt über Umwandlungen von Genossenschaften. Dann führte die Aktiennovelle von 1884 Art. 206 im ADHGB. die Umwandlung von Kommanditgesellschaften auf Aktien in Aktiengesellschaften ein.[1]

Das war der Stand bis zum heute geltenden Recht. Im BGB. wird weder bei den Regeln über Vereine, noch bei denen über Gesellschaften von „Umwandlung" gesprochen. Im HGB. finden sich Bestimmungen über Umwandlungen in den Vorschriften über Handelsgesellschaften in den §§ 332—334, Umwandlung einer KGA. in eine AG., im GmbHG. §§ 80, 81 Umwandlung einer AG. in eine GmbH., im GenG. in den §§ 143—145, Umwandlung einer EG. mit unbeschränkter Haftpflicht in eine solche mit unbeschränkter Nachschußpflicht oder einer von beiden in eine solche mit beschränkter Haftpflicht und umgekehrt. Eine große Anzahl von Umwandlungsfällen von juristischen Personen wird aber vom Gesetz überhaupt nicht behandelt. Man braucht nur die vorhandenen Gesellschaftstypen (vgl. die Uebersicht S. 12 ff.) zu zweien zu variieren, um festzustellen, wie viele Möglichkeiten von Umwandlungen eintreten können. Eine speziell erschöpfende Regelung aller dieser Umwandlungsfälle besteht also nicht im Gesetz. Aber auch eine allgemeine Bestimmung, die die ganze Materie ausfüllen könnte, existiert nicht. So hat das Reichsgericht, während das ADHGB. in Geltung war, 1894 im Bd. 32, S. 47, gesagt: „Das Handelsgesetzbuch kennt nicht den Begriff der Umwandlung der einen Art von Gesellschaft in

1. Vgl. dazu Lehmann 50, S. 12 über das ADHGB., S. 28 ff. über das GenG. von 1868, S. 25 ff. über die Aktiennovelle von 1884; Wiener ZHR. 27, 365.

die andere“; und 1910 im Bd. 74, S. 6: „Das BGB. und insbes. das Handelsrecht kennt nicht einen allgemeinen Rechtsbegriff der Umwandlung einer Gesellschaft in eine andere, d. h. der Umänderung der rechtlichen Natur einer Gesellschaft bei bestehenbleibender Identität der Rechtsperson.“ Wenn die Gesetze von „Umwandlung“ an mehreren Stellen reden, so kann man auch den Begriff Umwandlung daraus entnehmen.[2] Ob dieser Begriff in den Fällen, in denen das Gesetz von Umwandlung spricht, ein einheitlicher ist, bedarf der näheren Untersuchung; und zugleich ist darzustellen, wie das Gesetz die Voraussetzungen der Umwandlung regelt.

II. Bei den Vorschriften über die Umwandlung einer KGA. in eine AG. heißt es im § 332, II HGB.: „Die Vorschriften über eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages finden Anwendung“ und im § 333, III: „Mit der Eintragung scheiden die persönlich haftenden Gesellschafter aus der Gesellschaft aus; die Gesellschaft besteht von diesem Zeitpunkt an als Aktiengesellschaft fort“. Aus diesen Stellen geht hervor, daß das Gesetz die Umwandlung hier in dem Sinne auffaßt, daß die Gesellschaft als solche unverändert bleibt und nur ihre rechtliche Verfassung ändert. Die Umwandlung geht nicht durch Auflösung und Neubildung vor sich.[3]

---

2. Vgl. Staub. Anm. 3 zu § 130 HGB.

3. Dies ist heute in Rechtsprechung und Literatur zum größten Teil unbestritten. Vgl. dazu KGJ. 25 A 288 (1902), OLGR. 5, 279 (1902); BayrObLG. in OLGR. 22, 24 (1910), auch in Pr-VerwBl. Bd. 33 und DNotZ. 1912, S. 701; E. d. Pr. OVG. v. 25. Jan. 1912 in Bauers Z. f. AG. 19, 252, Jhg. 1911/12; Henoch S. 27; Rehm, Die Bilanzen, 2. Aufl., S. 441; Lehmann-Ring II, 322 zu § 332 HGB.; Lehmann ZHR. 50, 39, der den Fortbestand der Rechtssubjektivität aus dem veränderten Charakter der KGA. im heutigen Recht entnimmt, die als modifizierte AG. erscheint. M. E. ist die Erhaltung des Rechtssubjektes auch schon allein aus dem Wortlaute des Gesetzes zu entnehmen; a. M. nur Behrend. Lhb.

Für sämtliche Schulden der KGA. haftet die nunmehrige AG. Die Ansprüche gegen die persönlich haftenden Gesellschafter betreffend die Schulden der KGA. verjähren in 5 Jahren von der Eintragung der Umwandlung an[4] (§§ 320, 161 Abs. 2, 130, 159 HGB.).

Die Umwandlungsvoraussetzungen[5] bei der Umwandlung einer KGA. in eine AG. sind:

1. Ein Umwandlungsbeschluß der Generalversammlung und aller persönlich haftenden Gesellschafter. Es handelt sich hier nicht um eine gemeinsame Beschlußfassung, wie nach der Fassung des Gesetzes angenommen werden könnte, sondern um den Vorgang des § 327 Abs. 2 und Abs. 4 HGB. Danach ist erforderlich ein Beschluß der Kommanditistengesamtheit und Zustimmung jedes einzelnen Komplementars, letztere wird beurkundet in dem Generalversammlungsprotokoll oder in einem Anhange dazu. Die Majorität in der Generalversammlung der Kommanditisten ist eine Stimmenmehrheit, die mindestens $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfassen muß. Letzteres ist ius dispositivum (§ 275 Abs. 1 HGB.). Wird gleichzeitig der Gegenstand des Unternehmens abgeändert, so muß die $^3/_4$ Mehrheit erreicht werden. Das Statut kann noch erschwerende Vorschriften aufstellen (§ 275 Abs. 2 HGB.). Die Anteile der der Umwandlung zustimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen aber mindestens $^1/_4$ des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden

---

d. Hsrr. I, 2, 1896, S. 976, dazu auch Anm. 36: „Die Wirkung der Umwandlung ist, daß die KGA. aufgelöst wird und die AG. vermöge allgem. Rechtsnachfolge an ihre Stelle tritt" und Ring, RG. btr. d. KGA. und d. AG., 2. Aufl. 1893; ebenso Deitigsmann. Diss. S. 45.

4. Vgl. Staub Anm. 6 zu § 333 HGB.

5. Vgl. im einzelnen dazu die Kommentare von Lehmann-Ring und Staub zu den §§ 332—334 HGB.; ferner Henoch Diss., S. 12—18.

Teile des Grundkapitals darstellen. Letzteres ist ius cogens (§ 332, III HGB.).

2. Gleichzeitig oder später Wahl der Vorstandsmitglieder.

3. Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses und gleichzeitige Anmeldung der Mitglieder des Vorstandes. Nicht materiell rechtliche Voraussetzung, sondern bloße Verfahrensvorschrift ist die Einreichung einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Urkunden über die Bestellung der Vorstandsmitglieder (§ 333, I HGB.).

4. Ebenfalls nur Verfahrensvorschrift: Die Anmeldung ist eine von der Generalversammlung genehmigte Bilanz[6] beizufügen (§ 333, II HGB.).

5. Eintragung der Umwandlung (§ 333, III HGB.).

Damit sind die Voraussetzungen der Umwandlung erledigt und es folgt ein Nachverfahren:

6. Veröffentlichung der Bilanz (§ 334, I HGB.).

7. Aufforderung der Gläubiger der Gesellschaft, ihre Ansprüche anzumelden (dreimal in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen). Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mitteilung aufzufordern.

Es erhebt sich hier die Frage, inwieweit Mängel der Umwandlungsakte auf den Bestand der eingetragenen umgewandelten Gesellschaft einwirken. Bei der Gründung von Gesellschaften kennt das Gesetz bei Fehlen wesentlicher Bestimmungen eine Nichtigkeitsklage, z. B. bei der AG. §§ 309—311 HGB. Für eine Nichtigkeit von Gesellschaftsumwandlungen bestehen keine besonderen gesetzlichen Vorschriften.

Bei der Umwandlung der KGA. in eine AG. handelt

---

6. S. Rehm, Die Bilanzen. 1. Aufl. 1903, S. 29. Sie ist Gewinnverteilungsbilanz, nicht Auflösungsbilanz. Eine Eröffnungsbilanz ist nicht erforderlich, vgl. Rehm im Recht, 16. Jhg. 1912, S. 279.

es sich nicht, wie gezeigt, um eine Auflösung und Neugründung, sondern lediglich um eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages. Daher sind hier die Grundsätze, die bei einer nichtigen Statutenänderung gelten, anzuwenden. Die Aenderung erfolgt durch Beschluß der Generalversammlung der KGA. und Zustimmung aller Komplementare. Der Generalversammlungsbeschluß kann nichtig sein, z. B. infolge Urteils nach erfolgreicher Anfechtung (§ 273 HGB.), das nach der Eintragung der Umwandlung rechtskräftig wird. Bezüglich der Zustimmung von Komplementaren ist eine Anfechtung wegen Willensmanegls nicht zuzulassen. Es liegt hier ähnlich wie bei der Aktienzeichnung: die Zustimmungserklärung wird nicht der Kommanditistengesamtheit allein gegenüber abgegeben, sondern soll ihre Wirkung auch auf die Außenwelt ausüben.

Ob es neben einem nichtigen Umwandlungsbeschluß noch andere Nichtigkeitsgründe der Umwandlung gibt, erscheint fraglich. Bei der Neugründung der AG. sind die wesentlichen Bestimmungen in § 182 Abs. 2 HGB. angeführt. Von diesen können z. B. Ziffer 1 und 4; 2, 3, 5 und 6 im Falle der Abänderung, auch bei der Umwandlung nicht beachtet sein. Bei Verletzung dieser Bestimmungen wird man eine nichtige Umwandlung annehmen können. Die im Gesetz angeführten wesentlichen Voraussetzungen bilden, soweit sie mangelhaft sind, erschöpfende Nichtigkeitsgründe.[7] Die bei der Umwandlung der KGA. in eine AG. angeführten materiell rechtlichen Voraussetzungen sind auch in den Bestimmungen des § 182 Abs. 2 HGB. enthalten. Heilbar sind nach Analogie von § 310 HGB. alle Mängel der Bestimmungen des § 182 Abs. 2 HGB., ausgenommen

---

7. Sehr bestritten; so Staub-Hachenburg Anm. 3 zu § 75 GmbHG.; Rießer in der LZ. 1909, S. 337; dagegen Staub Anm. 2 zu § 309 HGB., Silbernagel, Die Gründung der AG. 1907, S. 177 ff. u. a.

Ziffer 3 über die Höhe des Grundkapitals und den Betrag der einzelnen Aktien, falls bei der Umwandlung in dieser Hinsicht eine unzulässige Aenderung beschlossen wurde.

Das Vorliegen eines nichtigen Umwandlungsbeschlusses oder einer nicht geheilten Verletzung der im § 182 Abs. 2 HGB. genannten Bestimmungen berechtigen den Registerrichter zur Löschung gemäß der §§ 142, 143, 144 F GG. Eine Nichtigkeitsklage gegen die umgewandelte AG. analog von § 309 HGB. ist m. E. nicht zu gewähren. Eine solche hätte vom Gesetz angeordnet werden müssen. Die Folge der nichtigen Umwandlung ist die Vernichtung der eingetragenen AG. und das Fortbestehen der bisherigen KGA. Dies folgt aus der Identität beider Gesellschaften. Für Verbindlichkeiten, welche die AG., die zu Unrecht bestand, einging, haftet die KGA. Eine persönliche Haftung der Komplementare für die Schulden der nichtigen AG. wird man nicht annehmen können, da die Gläubiger nur eine Gesellschaft in Anspruch nahmen, deren Mitglieder nicht persönlich hafteten.

III. Nicht so klar liegt die Meinung des Gesetzes, was die Umwandlung rechtlich bedeuten soll, bei der Umwandlung einer Genossenschaft in eine andere mit anderer Haftungsart, §§ 143—145 GenG. § 143, I GenG. lautet: „Eine Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht kann sich in eine solche mit unbeschränkter Nachschußpflicht nur unter Beobachtung der Bestimmungen umwandeln, welche für die Verteilung des Genossenschaftsvermögens im Falle der Auflösung maßgebend sind (§ 82, II, § 90, I bis III).“

Das Gesetz sagt damit, die Bestimmungen im Falle der Auflösung seien hier anzuwenden. Bedeutet das aber, daß hier im Rechtssinne infolgedessen auch eine Auflösung der umzuwandelnden Genossenschaft vorliegt? M. E. nein. Es ist das Gesetz so zu interpretieren, daß wohl die N o r m e n,

die bei der Auflösung gegeben sind, Anwendung finden sollen, ohne daß bei der Umwandlung eine Auflösung vorliegt. Es ist im § 143, I verwiesen auf die §§ 82, II, 90, I—III. Im § 82, II muß die Auflösung von den Liquidatoren zu drei verschiedenen Malen durch die für die Bekanntmachungen der Genossenschaft bestimmten Blätter bekannt gemacht werden. M. E. will § 143, daß an Stelle des Wortes Auflösung in § 82, II das Wort „Umwandlung" gesetzt wird. Wer auf die Gesetzesmaterialien Wert legt, wie heute noch vielfach geschieht, könnte dies auch aus dem Wortlaut der Begründung des Gesetzentwurfs II[8] § 124 entnehmen: „Es erscheint vielmehr zweckmäßiger, die Gläubiger durch die gleichen Kautelen zu schützen, welche für die Verteilung des Vermögens der Genossenschaft im Falle der Liquidation und für eine Herabsetzung des Geschäftsanteils oder der Haftsumme vorgesehen sind. Die Umwandlung ist hiernach neben der Veröffentlichung des Registereintrags noch besonders durch den Vorstand zu drei verschiedenen Malen bekannt zu machen und dabei die Aufforderung an die Gläubiger zu richten, sich bei der Genossenschaft zu melden."

Die Uebertragung gewisser Normen der Auflösung auf die Umwandlung von Genossenschaften bedeutet m. E. noch nicht, daß die Umwandlung unter Auflösung vor sich geht.

Der Ansicht, daß hier im Falle der §§ 143, 144 GenG. eine Auflösung der früheren Genossenschaft vorliegt, ist das Reichsgericht in der schon oben S. 24 zitierten Entscheidung[9] vom 26. April 1910 ohne nähere Begründung.

Der Kommentar von Parisius und Crüger[10] wendet

---

8. StenBer. üb. d. Verhandlungen des RT. 7. LegPer. IV. Sess. 1888/89, Nr. 28, Berlin 1889, gedruckt bei Julius Sittenfeld, S. 252.
9. Bd. 74, S. 8.
10. S. XVI, Ergänzungen. 7. Aufl., 1911.

sich gegen dieses Urteil mit den Worten: „Läge in Wirklichkeit eine Auflösung vor, dann wäre die Liquidation unvermeidlich — die Umwandlung nach Maßgabe des § 143 erfolgt aber gerade ohne Liquidation."

Die Form, in der die Behauptung des Reichsgerichts widerlegt wird, erscheint mir logisch nicht folgerichtig zu sein. Die Widerlegung: „Die Umwandlung erfolgt aber gerade ohne Liquidation" ist gerade das, was zu beweisen war. Liquidation ist die gesetzliche Folge der Auflösung. Daß eine Liquidation nicht stattfindet,[11] kann in diesem Falle nur daraus bewiesen werden, daß eine Auflösung nicht vor sich geht. In Anm. 2 zu § 143 GenG. sagen Parisius-Crüger:[12] „Die Umwandlung nach Maßgabe des § 143 erfolgt ohne Liquidation, es sind d a h e r für die Beschlußfassung nur die für eine Statutenänderung maßgebenden Vorschriften (§ 16) zu beobachten. M. E. ist in umgekehrter Reihenfolge zu deduzieren:.

Das Gesetz faßt auch hier wie bei der Umwandlung einer KGA. in eine AG. die Umwandlung einer EG. in eine andere mit einer anderen Haftungsart als eine Abänderung des Statuts auf. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte man auf die vom Bundesrat erlassene Bekanntmachung betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldung zu diesem Register vom 1. Juli 1899 (RGBl. S. 347) hinweisen. Die Ueberschriften zu den §§ 16 und 17 lauten nämlich: „§ 16 Eintragung von Abänderungen des Statuts", § 17 „insbes. der Umwandlung einer Genossenschaft und der Herabsetzung der Haftsumme".

Da also im Umwandlungsfalle nur eine Abänderung

---

11. Auch Birkenbihl-Maurer gibt an: „Eine Liquidation findet bei der Umwandlung nach § 137 nicht statt; für die Beschlußfassung kommen d a h e r nur die für eine Statutenänderung geltenden Bestimmungen, § 16 in Betracht."

12. 8. Aufl. 1915.

des Genossenschaftsstatuts vorliegt, kann nicht von Auflösung und Neugründung die Rede sein, infolgedessen findet auch keine Liquidation statt. So hätte m. E. die Deduktion lauten müssen.

Wie die Fortexistenz derselben Genossenschaft aus § 143 GenG. selbst und den §§ 16 und 17 der Bekanntmachung betr. Führung des Genossenschaftsregisters zu schließen ist, so kann sie auch aus der ganzen Anordnung des Gesetzes und der Wahrung des gemeinsamen Begriffes der EG. im Gesetze gefolgert werden.[13]

I. Die Voraussetzungen bei der Umwandlung einer Genossenschaft in eine andere mit anderer Haftungsart in den §§ 143—145 GenG. sind:

A. Es ist zu unterscheiden das Verfahren der Umwandlung der strengeren in die mildere Haftform, nämlich

I. unbeschränkte Haftpflicht in unbeschränkte Nachschußpflicht;

II. unbeschränkte in beschränkte Haftpflicht;

III. unbeschränkte Nachschußpflicht in beschränkte Haftpflicht.

Es ist erforderlich:

1. Ein Umwandlungsbeschluß im Wege der Statutenänderung. Zu letzterer ist $^3/_4$ Majorität vorgeschrieben (§ 16 GenG.); für den besonders zu fassenden Umwandlungsbeschluß wird keine qualifizierte Mehrheit verlangt.

2. Bekanntmachung dieses Beschlusses zu drei verschiedenen Malen durch die für die Bekanntmachungen der Genossenschaft bestimmten Blätter. Gleichzeitige Aufforderung der Gläubiger, die der Umwandlung nicht zustimmen wollen, sich bei der Genossenschaft zu melden (§§ 143, 82, II GenG.). Bekannte Gläubiger sind nicht zu benachrichtigen, da eine besondere Vorschrift darüber fehlt; auf

---

13. Lehmann ZHR., S. 29/30, vgl. auch Lehmann Hsr. § 111, S. 501; Güthe S. 490; Anm. 20; Gebauer, S. 206; Heinitz, S. 288; Holthöfer, S. 79; KGJ. 25 A. 288; Predari, S. 402.

§ 133 GenG. ist nicht verwiesen. Akt 2 ist nur Verfahrensvorschrift.

3. Befriedigung im Falle von § 90 Abs. 2 GenG. Sicherstellung der Gläubiger (nur Verfahrensvorschrift).

4. Nach Ablauf des Sperrjahres seit der Bekanntmachung Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses zum Genossenschaftsregister (§§ 143, 133, II GenG.).

5. Eintragung der Umwandlung.

Gründe einer nichtigen eingetragenen Umwandlung sind: nichtiger Umwandlungsbeschluß, z. B. § 51 GenG.; Verletzung der Bestimmungen des § 95 GenG. Es kann Heilung eintreten. Folge der nichtigen Umwandlung ist Löschung von Amtswegen nach § 147 FGG. Die Genossenschaft besteht in der strengeren Haftungsart fort (vgl. oben S. 28).

B. Die Voraussetzungen der Umwandlung der milderen in die strengere Haftform nämlich

I. unbeschränkte Nachschußpflicht in unbeschränkte Haftpflicht;

II. beschränkte Haftpflicht in unbeschränkte Haftpflicht;

III. beschränkte Haftpflicht in unbeschränkte Nachschußpflicht

sind:

1. Umwandlungsbeschluß, dessen Zustandekommen von einer $^3/_4$ Mehrheit der in der Generalversammlung erschienenen Genossen abhängig ist (§ 144 GenG.).

2. Anmeldung des Beschlusses zur Eintragung in das Genossenschaftsregister.

3. Eintragung der Umwandlung.

Besondere Schutzvorschriften für die Gläubiger wie bei der Umwandlung der milderen in die strengere Haftform sind nicht erforderlich, denn die Sicherheit der Gläubiger wird durch die strengere Haftform von selbst erhöht. Daher fällt die obligatorische Bekanntmachung der Umwandlung in den Genossenschaftsblättern, die Aufforderung der Gläu-

biger, ihre Befriedigung bezw. Sicherstellung und ein Sperrjahr fort.

IV. Anders als in den beiden eben besprochenen Fällen der Umwandlung einer KGA. in eine AG. und der EG. in eine andere EG. mit anderer Haftpflicht liegt es bei den gesetzlichen Bestimmungen über die Umwandlung einer GmbH. in eine AG. Da heißt es in § 80, I GmbHG.: „Wird eine Aktiengesellschaft zum Zweck der Umwandlung in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufgelöst, so kann die Liquidation derselben unterbleiben, wenn hinsichtlich der Errichtung der neuen Gesellschaft den nachstehenden Bestimmungen genügt wird.“ Hier kann kein Zweifel obwalten,[14] da der Wortlaut ganz klar ist, daß das Gesetz hier unter Umwandlung Auflösung und Neugründung (freilich unter Vermeidung der Liquidation und angeknüpfter Universalnachfolge) versteht.

Die Umwandlung setzt folgende Akte voraus:

1. „Den Aktionären ist durch öffentliche Bekanntmachung oder in sonst geeigneter Weise Gelegenheit zu geben, sich mit dem auf ihre Aktien entfallenden Anteil an dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft bei der neuen Gesellschaft zu beteiligen“. (§ 80, III GmbHGes.).

2. Auflösung der Aktiengesellschaft. Diese kann auch vor dem ersten Akt erfolgen. Der Beschluß der Auflösung zum Zwecke der Umwandlung muß mit einer Majorität von $^3/_4$ des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals gefaßt werden. (§ 292 Z. 2 HGB.). Er ist nach § 271 HGB. anfechtbar. Er ist nicht suspensiv bedingter Auflösungsbeschluß.[15] Wenn dieser Auflösungsbeschluß

---

14. Vgl. Staub-Hachenburg, § 80, Einleitung S. 719 und die anderen Kommentare, auch Paul Gerhard Müller, S. 12.

15. So jetzt die herrschende Meinung, vgl. Liebmann Anm. d zu § 80 GmbHG.; Parisius-Crüger Nr. 5 zu § 80; Staub-Hachenburg Anm. 11 zu § 80; KGJ. 19, 10 ff. Schon Müller, Diss. S. 23, wandte sich gegen die Vertreter der Gegenansicht: Maassen in

nicht zur Umwandlung führt, so muß die Liquidation eintreten.

3. Anmeldung des Beschlusses zum Handelsregister. Eintragung und Veröffentlichung des Beschlusses gemäß § 293 HGB., § 10 HGB.

4. Aufstellung einer Bilanz, (dies ist keine materiellrechtliche Voraussetzung der Umwandlung, sondern bloße Verfahrensvorschrift), in welcher der auf jede Aktie entfallende Anteil an dem Vermögen der aufgelösten Gesellschaft berechnet wird, und die der Generalversammlung der Aktionäre zur Genehmigung vorzulegen ist. Der Genehmigungsbeschluß erfordert eine 3/4 Mehrheit des in einer dazu berufenen Generalversammlung vertretenen Grundkapitals. (§ 80, IV GmbHG.). Es kann aber auch dieser Akt mit dem 2. Akt, dem Auflösungsbeschluß, verbunden werden, dann findet nur e i n e Generalversammlung statt, in der auch schon der 5. Akt die Gesellschaftserrichtung vorgenommen werden kann,[16] falls der 1. Akt schon erledigt ist. Darauf folgt die Einreichung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses zum Handelsregister. (§ 259, V HGB.). Die Bilanz dient Vermögensverteilungszwecken. Auf Grund dieser Bilanz wird der Anteil jedes einzelnen Aktionärs berechnet, sowohl derjenigen Aktionäre, die ihre Anteile in eben dieser Höhe als Stammeinlage in die neue Gesellschaft einbringen, wie derjenigen, die sich bei der Gesellschaft nicht beteiligen und deshalb die Auszahlung ihrer Anteile zu beanspruchen haben.[17] Daher ist die Bilanz nicht Gewinnverteilungsbilanz, und § 261 HGB. findet keine Anwendung auf sie,

---

Holdheims W. 1892, S 164 ff.; Birkenbihl ebenda, 1893, S. 214 ff. Auch aus § 307 HGB. geht jetzt hervor, daß der Gesetzgeber die Auflösung als eine definitive auffaßt.

16. Vgl. die Begründung zum Entwurf eines GmbHGes. Drucks. d. Reichstags. 1890/92, Nr. 660, S. 90, 8. LegPer., I. Session.

17. Vgl. Entw. II in den Drucksachen, S. 91; und KGJ. 37 A 156.

sondern nur § 40 HGB. Die Bilanz hat den Charakter einer „stellvertretenden Liquidationsschlußbilanz“,[18] jedoch kommt für die Betriebsgegenstände nicht der Versilberungswert (Tauschwert), sondern der wahre Geschäftswert (Gebrauchswert) in Ansatz. Reservekonten werden in die Bilanz nicht aufgenommen,[19] dagegen kann das Grundkapital unter die Passiven aufgenommen werden. Der Bilanzgenehmigungsbeschluß kann nach § 271 HGB. angefochten werden.[20] Wenn Simon[19] dagegen einwendet, daß die vorgeschriebene $^3/_4$ Majorität zu einem endgültigen Resultat genügen müsse und daß deshalb die Anfechtung im Interesse der Umwandlung, die durch die Anfechtung des Beschlusses von einem einzelnen Aktionär vereitelt werden könnte, ausgeschlossen sei, so kann dem nicht zugestimmt werden. Jeder Statutenänderungsbeschluß der Generalversammlung einer AG. z. B. muß nach § 275 HGB. mit $^3/_4$ Majorität gefaßt werden und ist dennoch anfechtbar. Die Anfechtung des Bilanzgenehmigungsbeschlusses, die im Klagewege Erfolg hat, muß dann auch alle vorgenommenen Umwandlungsakte, auch eine Eintragung der Umwandlung vernichten. Die Anfechtung ist aber unter Umständen wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages und eingetretener Benachteiligung von Aktionären notwendig. Dafür, daß ein Aktionär nicht leichtsinnig anficht, sorgen schon die Vorschriften des § 272, III HGB. (Sicherheitsleistung) und § 273, II (eventuell

---

18. So Rehm, 1. Aufl. 1903, S. 28; vgl. ferner Parisius-Crüger, S. 333, Nr. 8 zu § 80 GmbHG.; Simon, Bilanzen S. 460 f.; Staub-Hachenburg Anm. 15 zu § 80 GmbHG., der diese Bilanz mit einer Liquidationseröffnungsbilanz vergleicht. Für die Aufstellung von Liquidationseröffnungsbilanzen, Zwischen- oder Schlußbilanzen gelten die gleichen Grundsätze.

19. Vgl. Staub-Hachenburg, Anm. 15 zu § 80 GmbHG., Eltze, S. 20, a. M. Simon S. 463.

20. Vgl. Müller, S. 35; Parisius-Crüger Nr. 8 zu § 80 GmbHG.; Staub-Hachenburg Anm. 17.

Schadensersatz). Außerdem kann auch noch nach eingereichter Anfechtungsklage, binnen des vorgeschriebenen Monats des § 80, V GmbHG. die Anmeldung des Bilanzgenehmigungsbeschlußes beim Handelsregister geschehen. Der Registerrichter wird dann die Eintragung aufschieben bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Anfechtungsklage (§ 127 FGG.).[21]

Auf welchen Tag ist die Bilanz zu stellen? Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird man annehmen müssen, auf den der Auflösung. Das ist praktisch nicht durchführbar, „mäßige Zeit vorher", doch möglichst nahe dem Tage der Auflösung wird genügen.)[22]

5. Errichtung der GmbH. Der aufzustellende Gesellschaftsvertrag unterliegt zunächst den allgemeinen Bestimmungen der §§ 2—6 GmbHG. Besondere Erfordernisse sind: Das Stammkapital der neuen Gesellschaft darf nicht geringer sein als das Grundkapital der aufgelösten Gesellschaft, § 80, II. Die Aktien der die Gesellschaft errichtenden Aktionäre müssen mindestens ¾ des Grundkapitals der aufgelösten Gesellschaft darstellen. § 80, III, 2. Die Auslegung der letzteren Vorschrift hat zu Zweifeln Anlaß gegeben. Es fragt sich, ob der Vermögenswert der eingebrachten Aktien ¾ des nominellen Grundkapitals betragen solle,[23] oder ob es sich um eine Einbringung von ¾ des Vermögens der aufgelösten Gesellschaft handle.[24] M. E. läßt der Wortlaut des Gesetzes nur die erstere Auslegung zu. Diese Auffassung führt auch nicht zu einem unbilligen

---

21. Vgl. Parisius-Crüger Anm. 10 zu § 80 GmbHG.

22. So Staub-Hachenburg Anm. 14 zu § 80 GmbHG. Simon S. 464; a. M. Liebmann Anm. 4 zu § 80 GmbHG. Staub-Hachenburg Anm. 19 b zu § 80.

23. So Liebmann Anm. 5 c zu § 80 GmbHG., Müller, S. 39 ff.;

24. So Eltze, Diss. S. 24 ff.; Neukamp Anm. f. β zu § 80 GmbHG. S. 353; Parisius-Crüger Anm. 6 zu § 80 GmbHG.

Ergebnis, wie Eltze[25] annimmt: denn, auch wenn eine Gesellschaft Gewinne erzielt hat (in dem Beispiel von Eltze kommt auf jede Aktie jetzt statt 1000 Mk. = 3000 Mk.), so führt die Berechnung ¾ von 100 000 Mk. = 75 000 Mk. (nach der anderen Ansicht ¾ von 300 000 Mk. = 225 000 Mark) als Minimum der Aktienbeträge, die von den Aktionären der aufzulösenden AG. zur Beteiligung an der GmbH. bereitzustellen sind, zu keiner Entziehung der alten Kreditbasis. Denn diese wird den Gläubigern der neuzugründenden GmbH. im wesentlichen, und darauf kommt es an, durch die Vorschriften erhalten, daß das Stammkapital der GmbH. ebenso hoch wie das Grundkapital der AG. sein solle, in diesem Falle = 100 000 Mk. Außerdem ist, und dies bietet auch den Gläubigern einen Schutz ein für allemal, das Minimum des Stammkapitals einer GmbH. nach § 5, I GmbHG. auf 20 000 Mk. festgesetzt. Die Kreditbasis darf im wesentlichen nicht unter die Basis sinken, die zur Zeit der Gründung der AG. für die Gläubiger bestand. Wenn sich in dem angegebenen zahlenmäßigen Beispiele bei der Umwandlung nur als Beteiligungsminimum 25 Aktionäre, bezw. weniger Aktionäre, wenn mehrere Aktien in einer Hand vereinigt sind, mit je 3000 Mk. (unter Aktie ist hier nach § 80, III GmbHG. nicht der Nennbetrag sondern der wahre Vermögensanteil = 3000 Mk. zu verstehen) also mit 75 000 Mk. beteiligen, so muß noch die am Stammkapital fehlende Summe von 25 000 Mk. beschafft werden. Es kann dies durch Erhöhung der einzelnen Stammeinlagen geschehen, oder durch Ausgabe von neuen Stammeinlagen.[26] Bei der Umwandlung kann sich jeder Aktionär mit allen seinen Aktien oder mit einem Teile derselben beteiligen.[27]

---

25. So Eltze, Diss. S. 24 ff.

26. Andere zahlenmäßige Beispiele vgl. bei Parisius-Crüger Nr. 9 zu § 80 GmbHG. Neukamp S. 356 f. β zu § 80 GmbHG.

27. Vgl. RG. 33, 11.

6. Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft und Veröffentlichung der Eintragung (letzteres nur Verfahrensakt). Die neue Gesellschaft muß spätestens binnen einem Monate nach Auflösung der AG. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, § 80, IV. Die Eintragung der Gesellschaft und die Veröffentlichung folgt nach § 10 GmbHG.

Die folgenden Abschnitte gehören nicht mehr zu den Voraussetzungen der Umwandlung:

7. Nach der Errichtung der GmbH. Auszahlung der Anteile von Aktionären, die sich nicht beteiligt haben. § 81, II GmbHG.

8. Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger, § 81, III GmbHG. Das Vermögen der aufgelösten AG. geht im Wege der Universalsukzession auf die neue GmbH. über. In materieller und prozessualer Beziehung ist die GmbH. die Rechtsnachfolgerin der AG. Da eine Liquidation unterbleiben kann, bedarf es auch nicht der Beobachtung der Vorschriften über das Sperrjahr nach § 301 HGB.

Ueber Anfechtung und Nichtigkeit der Umwandlung vgl. Staub-Hachenberg Anm. 44 zu § 80 GmbHG. Hier handelt es sich im Gegensatz zu oben S. 27 um die Nichtigkeit einer neugegründeten Gesellschaft.

Eine Verwirklichung der Umwandlung der AG. in eine GmbH. unter Identität der Rechtsperson findet sich dagegen im österreichischen Gesetz[28] über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906. Es findet kein Auflösungsbeschluß, sondern ein Umwandlungsbeschluß statt, für den nur die Erfordernisse des Auflösungsbeschlusses maßgebend sind (§ 97). Unzweifelhaft ist der Standpunkt der Identität beider Gesellschaften allerdings nicht, die Mo-

---

28. Das österr. GmbHGes. v. 1906 § 101 kennt auch eine Umwandlung einer Gewerkschaft und gewisser rechtsfähiger Vereine in eine GmbH.

tive zur Regierungsvorlage vertreten ihn: „Eine Uebertragung des Vermögens der AG. an die neue Gesellschaft findet nicht statt. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung tritt vielmehr ex lege in die Rechte der Gesellschaft ein, deren Rechtssubjekt sie fortsetzt".[29] Dagegen folgt der Ausschußbericht des Herrenhauses der Auffassung des deutschen Gesetzes: „Die AG. geht unter, ihr ganzes Vermögen, einschließlich der Schulden, geht durch Universalsukzession von Rechtswegen auf die neue Gesellschaft über". Jedenfalls verlangt die Fassung des österreichischen Gesetzes nicht ausdrücklich wie das deutsche Gesetz die Auflösung. M. E. ist der Auslegung der §§ 97—101 des österreichischen Gesetzes zweifellos der Identitätsgedanke zugrunde zu legen.[30] Der Kommentar von Ofner und Thorsch[31] zum österreichischen Gesetz erklärt, daß die Auffassung des deutschen Gesetzes die natürlichere sei. Ein Wechsel des Rechtssubjekts bedarf keiner Erklärung, wohl aber ein Fortbestand des Rechtssubjekts. Insoweit ist der Meinung des Kommentars zuzustimmen. Jedoch ist ein Fortbestehen derselben juristischen Person begrifflich sehr wohl denkbar. Mit dem Untergange des Gesellschaftstyps, den sich der Personenkreis, dem die juristische Persönlichkeit zuerkannt wurde, zur Erreichung seiner Zwecke gewählt hat, muß nicht notwendig auch die juristische Person ihr Ende finden, obwohl die Entstehung der juristischen Person nur bei bestimmten Vereinigungsformen erfolgen konnte, also gewissermaßen abhängig ist von der Gesellschaftsform. Die Erfordernisse für die Entstehung eines Rechts-

---

29. Vgl. Geller, Kommentar zu österr. GmbHG. 2. Aufl., Wien 1910.

30. Vgl. auch Lehmann, Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen, S. 25.

31 Ofner und Thorsch, Komm. zum österr. GmbHG. zu § 99.

verhältnisses sind nicht unbedingt auch als Erfordernisse des Fortbestandes zu betrachten.[32]

Die juristische Person endet, so lehren die Lehrbücher gewöhnlich: mit dem Wegfallen ihrer Grundlage und durch Staatsentziehung.[33] Die Grundlage eines Vereins ist 1. der Personenbestand und 2. die sachliche Grundlage, das Vermögen,[34] soweit letzteres überhaupt erforderlich ist. Ferner wird die Zweckerreichung oder Zweckveränderung als Auflösungsgrund bezeichnet.[35] Die Entziehung durch den Staat und die andern genannten Auflösungsgründe kommen hier nicht in Betracht. Es kann z. B. bei der Umwandlung einer EG. in eine AG. der Personenbestand derselbe bleiben (ein Ausscheiden von Mitgliedern bis zu einer Mindestgrenze macht ja nichts aus), ferner das Vermögen und im wesentlichen der Zweck, z. B. der Erwerbszweck. Als Beendigungsgrund der juristischen Person käme bei der Umwandlung einer Gesellschaft mit juristischer Persönlichkeit in eine andere mit juristischer Persönlichkeit nur die Organisationsänderung in Betracht. Inwieweit eine Verfassungsänderung der juristischen Person ohne Einfluß auf ihre Integrität auszuüben, überhaupt zulässig ist, kann, so sagt Regelsberger,[36] nur nach der Beschaffenheit der Aenderung beurteilt werden: „Die Korporationsautonomie findet ihre Schranken teils in gebietenden Gesetzesbestimmungen, teils in den Grundlagen der Verfassung.“ Bei der AG. z. B. sind nur die individuell wesentlichen Elemente des Gesell-

---

32. Vgl. I 185 § 1 D. L, 17.

33. So Dernburg, Syst. des r. R. der Pandekten, 8. Aufl. von Sokolowski, 1 Teil, Berlin 1911, S. 107, § 52 A. 1.

34. Regelsberger, Pandekten in Bindings Handbuch, Leipzig 1893, S. 334. Vgl. Staudinger, Vorbem. zum 2. Titel VII A 1, 2 „persönliches und sachliches Substrat.“

35. M. E. mit Recht bestritten, vgl. Windscheid-Kipp § 61, S. 287, Anm. 1 b.

36. Regelsberger, Pandekten, S. 335, § 85, IV.

schaftsvertrages im Zweifel unabänderlich.[37] Aber selbst wenn es sich um „fundamentale“[38] Verfassungsänderungen handelt, eine solche ist die Annahme einer neuen Gesellschaftsform zweifellos, (die Zulässigkeit einer einer fundamentalen Statutenänderung ohne Auflösung nach geltendem Rechte ist eine andere Frage) und wenn diese Verfassungsänderung an der Natur der Rechtsperson nichts ändern will und die juristische Person ihre Auflösung nicht beschließt, so ist m. E. die begriffliche Möglichkeit vorhanden, daß die Integrität der juristischen Person gewahrt bleibt.[39] Dieses Resultat ist m. E. unabhängig davon, ob man auf dem Standpunkte der Fiktionstheorie, Organtheorie oder einer der sonstigen Theorien über die juristische Persönlichkeit steht.[40]

M. E. ist also dann, wenn eine juristische Person ihre Lebensbedingungen dergestalt ändert, daß der ihr angepaßte Assoziationstyp ein anderer wird, aber doch ein solcher, daß er für eine juristische Person eine Existenzmöglichkeit bietet, ein Fortbestehen der ersten juristischen Person begrifflich denkbar und wohl vereinbar mit dem geltenden Recht. Konstruktiv bereitet die Annahme einer Identitätsumwandlung für das deutsche Recht keine Schwie-

---

37. RG. 17, 17 und Staub Anm. 9 zu § 274 HGB.

38. RG. 6, 121.

39. Ablehnend: Meurer, Die jur. Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901, S. 111. Durchweg die Rechtsprechung, vgl. die einzelnen Entscheidungen, im Laufe der Arbeit zitiert bei den Umwandlungen der EG. in AG., Gew. in AG. usw.

Vgl. insbes. KGJ. 13, 224. Etwas einlenkend RG., Bd 74, 9.

40. Nicht so: Westhoff-Bennhold, S. 46, der die im Text vertretene Auffassung nur vom Standpunkt der deutschrechtlichen Organtheorie Gierkes (Genossenschaftstheorie, S. 5 ff) für möglich hält, nicht aber nach der Fiktionstheorie, der er sich anschließt: „Die jeweilige Verfassung bildet das Wesen einer Korporation; und wenn sie die jeweilig bestimmten Verfassungsbedingungen erfüllt, verleiht ihr der Staat das Recht einer jur. Person.

rigkeiten. Aber auch die sonstigen Gründe, die die Motive zum deutschen GmbHG. für eine Auflösung und Neugründung anführen, sind nicht stichhaltig. Es heißt da:[41] „Eine Umwandlung durch Majoritätsbeschluß in dem Sinne, daß auch die zustimmenden Aktionäre zur Teilnahme an der neuen Gesellschaft genötigt wären, muß außer Betracht bleiben. . . Der Besitzer eines börsenmäßigen Papiers, wie es die Aktie ist, kann nicht wohl gegen seinen Willen genötigt werden, statt seiner Aktien sich mit dem schwer übertragbaren Geschäftsanteile einer GmbH. zu begnügen. Auch steht das formale Hindernis entgegen, daß die in den meisten Fällen unbekannten Besitzer der Aktie, als solche nicht ohne weiteres Mitglieder einer GmbH. sein können. Für die Umwandlung ist daher auch im Entwurf kein anderer Weg als derjenige der Auflösung der AG. und der Neugründung einer GmbH. in Betracht gezogen.“ Es ist doch auch eine Umwandlung unter Identität der Rechtsperson möglich, wenn auch Aktionäre nicht zustimmen, aus der Gesellschaft ausscheiden und ihre Anteile ausgezahlt erhalten. Die Identität der AG. wird nicht dadurch berührt, daß eine Zahl von Aktionären ausscheidet.

Welche Umwandlung, die im deutschen oder die im österreichischen GmbHG. vorteilhafter ist, wird die Untersuchung im folgenden Paragraphen lehren.

Blicken wir zurück auf die besprochene gesetzliche Regelung der Umwandlungsfälle, so ergibt sich: Das deutsche Gesetz gibt in den drei Fällen, in denen es eine Umwandlung von Gesellschaftsformen ausdrücklich nennt, keinen einheitlichen Begriff der Umwandlung, sondern bezeichnet als Umwandlung: 1. die Auflösung der einen und Neugründung der anderen Gesellschaft, 2. die Aenderung der Verfassungsform einer Rechtsperson, die erhalten bleibt.

---

41. Drucks. d. Reichstags 1890/2. 8. LegPer., I. Sess. Nr. 660, S. 90.

Diese zwiespältige Bedeutung der „Umwandlung“ ist allerdings nicht geeignet, als ein allgemeiner Rechtsbegriff hingestellt oder erhoben zu werden, der eine generelle Regelung für alle anderen Umwandlungsfälle abgeben könnte. Soweit nicht eine analoge Anwendung der besprochenen Umwandlungsvorschriften für einzelne Fälle möglich ist (vgl. unten S. 47) kann sich der Uebergang von Gesellschaftstypen juristischer Personen zu einander nur durch Auflösung und Neubildung unter Singularsukzession vollziehen.

§ 4.

Unterschiede der verschiedenen Uebergänge: Singularsukzession, Universalsukzession, Identität.

Wir sehen also im geltenden Recht drei Uebergangswege von Gesellschaften:

1. Auflösung und Neugründung unter Singularsukzession,

2. Auflösung und Neugründung unter Universalsukzession,

3. Veränderung der Gesellschaftsform unter Identität des Gesellschaftssubjekts ohne Auflösung und Neugründung.

Die Auflösung und Neugründung mit Singularsukzession ist der unpraktischste und umständlichste Weg. Der meist notwendige Eintritt in die Liquidation bedeutet eine Versilberung des Vermögens zum Liquidationswerte, der in der Regel erheblich niedriger als der Geschäftswert sein wird, und dies kann zu Vermögensverlusten der Gesellschafter führen. Es kommt zu einer Zersplitterung, nicht zu einer Erhaltung des Unternehmens. Bei einer Neugründung ist besonders für Aktiengesellschaften, Gesellschaften m. b. H., Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ein sehr kompliziertes, mit großen Kosten verknüpftes Verfahren vorgeschrieben.

Zu diesen Verfahrensschwierigkeiten treten noch infolge der Singularsukzession die nachstehenden unzuträglichen Folgen in den Rechtsverhältnissen der Gesellschaft ein: Erfordernis von Uebertragungsakten der Sachen und Rechte, insbes. Auflassung der Grundstücke; Erlöschen der Vollmachten, der Dienstverhältnisse, Indossierung der Orderpapiere, unheilbarer Untergang unübertragbarer Rechte, so insbesondere des Nießbrauchs,[1] beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten,[2] persönlicher Vorkaufsrechte (§ 514 BGB.); Kündigungsrecht des Versicherers und des Versicherungsnehmers nach § 70 des RGes. über den Versicherungsvertrag von 1908; ferner zivilprozessuale Folgen: in schwebenden Prozessen hört die Aktiv- oder Passivlegitimation auf (das führt zur Klageänderung), es findet § 265 ZPO. Anwendung; steuerrechtliche Folgen, Errichtungsstempel usw.[3]

Bei der Umwandlung unter Auflösung und Neugründung mit Gesamtnachfolge fallen eine ganze Reihe dieser nachteiligen Folgen fort. Eine Liquidation kann unterbleiben. Prozessual tritt eine Unterbrechung des Verfahrens mit Möglichkeit der Wiederaufnahme durch die Rechtsnachfolger nach § 239 ZPO. ein.[4] Bei rechtskräftig entschiedenen Prozessen findet eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach § 727 ZPO. statt. Die Stellung der Gläubiger wird durch die Universalsukzession verschlechtert, es sind daher Schutzmaßregeln zu ihren Gunsten geboten. Solche bestehen, wie erörtert, bei der Umwandlung einer AG. in eine G. m. b. H.

---

1. Wichtig für Terraingesellschaften, die sich häufig Nießbrauchsrechte bestellen lassen.

2. praktisch bei Kaligerechtigkeiten, Rechten auf eine Elektrizitätsleitung usw.

3. Vgl. auch Lehmann, S. 12; Wiener S. 336.

4. Vgl. dazu Staub Anm. 13 zu § 306 HGB. bezüglich der Universalsukzession bei der Fusion, sowie Gaupp-Stein, Anm. 3

Die Universalsukzession kann nicht alle für die Gesellschaft nachteiligen Folgen, die bei Auflösung und Neugründung eintreten, beseitigen. Der Eintritt dieser Folgen wird aber vermieden bei der Umwandlung unter Erhaltung derselben juristischen Person, die sich als bloße Formänderung darstellt. Als praktische Beispiele[5] für den Unterschied zwischen Universalsukzession und Identität des Rechtssubjekts lassen sich folgende anführen: Bei Identität des Rechtssubjekts würde nicht der Einbringungsstempel der Tarifstelle 25 c des Pr. Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 erhoben werden können.[6] Die oben bei der Singularsukzession genannten unübertragbaren Rechte gehen bei Universalsukzession unter, bei Identität bleiben sie erhalten. Prozessual würde nicht Wiederaufnahme durch die Rechtsnachfolger stattfinden, sondern derselbe Prozeß würde fortgeführt werden können, es bedürfte bei Passivprozessen nur der Berichtigung des Namens der Partei nach § 268 Z. 1 ZPO. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kann nach herrschender Lehre nicht wegen einer abgetretenen Forderung entstehen.[7] Liegt also Rechtsnachfolge der Gesellschaft A. in die Forderung der Gesellschaft B. vor, so kann die Gesellschaft B. für Waren, deren Besitz sie auf Grund

---

zu § 239 ZPO.; Hellwig, Rechtskraft Leipzig 1901, S. 149, Anm. 2, a. M. Lehmann, ZHR. 50, 43.

5. Lehmann, Schutz und Erhaltung kaufm. Unternehmungen, S. 27, leugnet einen praktischen Unterschied.

6. Vgl. RG. 64, 10 ff.; ferner Heimitz Anm. 7, S. 397. Stempel für die einzelnen Gegenstände RG. 26. 6. 09. Rundschau GmbH. 1911, S. 297.

7. Vgl. Staub Anm. 8 zu § 369 HGB., Dernburg, Sachenrecht, § 283, 1 a, S. 956; Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht in Fischers Abhandlungen 12, 1, S. 212, 215; RG. 18, 234. Eine Ausnahme ist nur für die Forderungen aus Order- und Inhaberpapieren zu machen. Vgl. die eben Genannten und RG. 9, 44 ff. A. M. Laband ZHR. 9, 491. Das bereits begründete Zurückbehaltungsrecht ist mit der Forderung übertragbar.

von Handelsgeschäften von dem Schuldner erlangt hat, kein Zurückbehaltungsrecht nach § 369 HGB. ausüben, gleichgültig, ob es sich um Singular- oder Universalsukzession handelt. Dagegen würde bei Umwandlung unter Identität der Gesellschaft A. mit der Gesellschaft B., die Gesellschaft B. an Waren des Schuldners, die nach der Umwandlung in ihren Besitz kommen, ein Zurückbehaltungsrecht ausüben können. Für den Firmenübergang gilt § 22 HGB. bei Einzel- und Gesamtnachfolge, bei Identität § 24 HGB. (vgl. unten S. 62).

Allen diesen Vorteilen der Identitätsumwandlung für die Gesellschaft steht der Nachteil gegenüber, daß Gläubigerinteressen geschädigt werden können.[8] Die Gläubiger können jedoch durch besondere Kautelen geschützt werden, wie dies bei der Umwandlung der KGA. in eine AG., und einer Form der EG. in eine andere Form der EG. geschehen ist. Danach kann man, wenn überhaupt ein erleichterter Uebergang von Gesellschaftsformen zueinander als zulässig erscheint, von den beiden Wegen Auflösung und Neugründung mit Universalsukzession und Identitätsumwandlung als den praktischsten Weg die Identitätsumwandlung bezeichnen.

Der Uebergang unter Auflösung und Neugründung mit oder ohne Universalsukzession bedeutet im eigentlichen Sinne keine Umwandlung. Im Begriffe der Umwandlung steckt die Ueberführung zweier Gebilde ineinander, die eine Zerstörung und Neubildung ausschließt. Es wäre daher wohl zweckmäßiger, zwischen den Uebergängen von Gesellschaftsformen unter Auflösung und Neubildung und der Identitätsumwandlung zu unterscheiden. Es sei der Uebergang unter Auflösung und Neubildung wirtschaftliche Umwandlung,[9]

---

8. Vgl. das Bedenken bei Wiener, S. 349.

9. Vgl. Staub Anm. 1 zu § 80 GmbHG.; RG. 74, 6; vgl. oben, S. 24.

die Identitätsumwandlung Umwandlung im Rechtssinne genannt.

§ 5.

Erwägung von Analogien zu den vom Gesetz behandelten Umwandlungsfällen.

In den Umwandlungsfällen juristischer Personen außer in den besprochenen schweigt das Gesetz. Es fragt sich, wie der unvorteilhafte Uebergang unter Auflösung und Neugründung mit Singularsukzession wenigstens z. T. vermieden werden könnte, etwa, indem man die gesetzlich geregelten Fälle analog auf andere ausdehnt. Eine analoge Anwendung der Umwandlungsvorschriften, die für einen Gesellschaftstyp gegeben sind auf die Umwandlungen eines anderen Gesellschaftstyps, wird nur dann möglich sein, wenn beide Typen in ihrer rechtlichen Struktur einander so nahe stehen, daß auch sonst eine Reihe von Bestimmungen für beide Gesellschaftsarten die gleichen sind. Dies ist der Fall z. B. bei der AG. und KGA.

So wird man die Vorschriften über die Umwandlung einer KGA. analog anwenden können auf die Umwandlung einer AG. in eine KGA.[1]

Nun ist die Form der KGA. für das heutige Recht als Neugründung ungebräuchlich geworden, weil die AG. als reine Kapitalassociation unabhängiger von den einzelnen Personen ist als die KGA. Vor 1870 bevorzugte man die

---

1. So auch Lehmann ZHR. 50, 39; a. M. Predari, S. 402; Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914, Anm. 8 c zu § 925 BGB., S. 188. Henoch Diss., S. 49, ebenso Brand Anm. 4 zu § 332 HGB. wollen für die Umwandlung der AG. in eine KGA. die Fusionsvorschriften analog anwenden. Das ist m. E. abzulehnen. Es ist dann möglich, die §§ 305, 306 BGB. anzuwenden, wenn die KGA. bereits besteht oder neugegründet wird, das ist bei der „Umwandlung“ eben nicht der Fall.

Form einer KGA., weil die KGA. durch einfachen Vertrag entstehen konnte, während es zur Gründung der AG. erst der Beobachtung eines umständlichen Gründungsprozesses und der staatlichen Genehmigung bedurfte. Es besteht also kein praktisches Bedürfnis an dieser Umwandlung, aber möglich bleibt sie immerhin.

Die Voraussetzungen dieser Umwandlung sind die der Umwandlung der KGA. in eine AG. entsprechenden, vgl. oben S. 25 und 26. Statt des 1. Aktes auf S. 25 ist hier nur ein Umwandlungsbeschluß der Generalversammlung nötig. Auch muß die zustimmende Mehrheit der Aktionäre mindestens $^1/_4$ des Grundkapitals der AG. darstellen. In dem Beschlusse sind analog zu § 332 HGB. die zur Durchführung der Umwandlung erforderlichen Maßregeln festzusetzen. Anstatt der Bestellung des Vorstandes sind hier die persönlich haftenden Gesellschafter festzustellen. Diejenigen, die Komplementare der KGA. werden wollen, vermutlich die Mitglieder des Vorstandes der bisherigen AG. auf Grund vorheriger Vereinbarungen, müssen in dieser Generalversammlung beim Umwandlungsbeschluß mitwirken und erklären, (dies ist ein sozialrechtlicher Akt analog § 321 HGB.), daß sie als Komplementare in die in eine KGA. umzuwandelnde Gesellschaft eintreten wollen. Akt 2 des Vorganges auf S. 26 fällt fort. Akt 3 wird so modifiziert, daß nur der Umwandlungsbeschluß beim Handelsregister anzumelden ist. An Stelle der Vorstandsmitglieder müssen die persönlich haftenden Gesellschafter mit Namen, Vornamen, Stand und Wohnort (§ 322 und § 325 HGB.) angegeben werden. Die übrigen Akte 4—7 (so S. 26) finden entsprechende Anwendung. Ein Sperrjahr ist auch hier wie bei der Umwandlung der KGA. in eine AG. nicht erforderlich.

Die KGA. haftet für die Schulden der bisherigen AG. Auch haften die Komplementare von der Eintragung der Umwandlung an sofort persönlich auch für alle früheren Schul-

den. Dies ist zu folgern aus einer analogen Anwendung der Vorschriften über den Eintritt von Komplementaren in eine schon bestehende KGA., die sich auf Grund der §§ 320 Abs. 2 HGB., 161 Abs. 2 HGB. nach § 130 HGB., Haftung des in eine o. HG. eintretenden Gesellschafters, richten.[2]

Ebenso möglich erscheint eine analoge Anwendung der §§ 80/81 GmbHG. auf die Umwandlung einer KGA. in eine GmbH. Nach § 320, III HGB. gelten die Vorschriften des 3. Abschnitts über die AG. auch für die KGA. Von der herrschenden Meinung in der Literatur wird diese Gesetzesstelle so ausgelegt, daß nur[3] die Vorschriften des 3. Abschnitts über die AGen. im HGB. auf die KGA. Anwendung finden. § 320, III HGB. bedeutet aber m. E. nicht den völligen Ausschluß der analogen Anwendung anderer die Aktiengesellschaft betreffenden Gesetze auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Allerdings ist das GmbH.-Gesetz vor dem HGB. entstanden, so daß in § 320 HGB. auch auf das GmbH.-Gesetz hätte Bezug genommen werden können. Ebenso wie in dem Schweigen des Gesetzes eine exklusive Regelung, so kann auch eine Lücke angenommen werden, deren Ausfüllung dann gerade zur Anwendung der Analogie der Bestimmungen über Aktiengesellschaften auf die Kommanditgesellschaften auf Aktien führt.

Die Umwandlungsvorgänge bei der Umwandlung der KGA. in eine GmbH. unter analoger Anwendung des oben S. 33 ff. beschriebenen Verfahrens der Umwandlung einer AG. in eine GmbH. werden nur in Akt 2 so modifiziert, daß der Auflösungsbeschluß, der mit ¾ Majorität des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals durch die

---

2. So auch Henoch, Diss. S. 70.

3. Vgl. Brand, Anm. 4 zu § 332 HGB., Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 332 HGB.: Lehmann ZHR. Bd. 50, S. 46; Pinner, S. 306; Staub Anm. 9 zu § 334 HGB.; Wolff-Birkenbihl, S. 193; KGJ. 15, 46; a. M. also wie im Text Makower Anm. 1 zu § 332 HGB. und Anm. V zu § 320 HGB.

Kommanditisten gefaßt werden muß, der Zustimmung aller Komplementare bedarf. Außerdem wird auch das Erfordernis des § 332, III HGB., der hier analog anzuwenden ist, erfüllt werden müssen: die Anteile der dem Auflösungsbeschluß zum Zwecke der Umwandlung zustimmenden Mehrheit der Kommanditisten müssen mindestens ein Viertel des nicht auf Aktien der persönlich haftenden Gesellschafter fallenden Teiles des Grundkapitals darstellen.

Weitere Möglichkeiten von Analogien zu einem gesetzlich geregelten Verfahren unter Identität der Rechtssubjekte oder Universalsukzession dürften nicht gegeben sein. So ist z. B. auch nicht eine analoge Anwendung der § 80/81 GmbHGes. für die Umwandlung einer GmbH. in eine AG. annehmbar.

Sie erscheint ausgeschlossen, da das Schweigen des Gesetzes wohl als eine absichtliche Beschränkung der Regelung auf den Fall der Umwandlung einer AG. in eine GmbH. ausgelegt werden könnte. Wenn sich diese Analogie praktisch durchführen ließe, so würde man sie vielleicht doch ziehen. Man wird aber auf Schwierigkeiten stoßen, da die Vorschriften, die für eine AG. gelten, nur bei einer ausdrücklichen Verweisung des GmbH.-Gesetzes auch für die GmbH. anwendbar sind. Ein Vorbild für eine Umwandlung der GmbH. in eine andere Gesellschaftsform ist nirgends vorhanden. So wird also die Analogie der §§ 80, 81 GmbHG. für den Fall der Umwandlung einer GmbH. in eine AG. scheitern.[4]

---

4. So auch übereinstimmend die Literatur, vgl. Staub-Hachenburg Anm. 46 zu § 80 GmbHG. Auch das österreichische GmbH-Gesetz kennt nicht die Umwandlung einer AG. in eine GmbH.: nur in den §§ 96, 84 eine Fusion von AG. und GmbH., bei der die GmbH. der AG. inkorporiert wird. Wie die wirtschaftliche Umwandlung vorgenommen wird, darüber vgl. S. 52.

§ 6.

Die übrigen Umwandlungsfälle von Gesellschaftsarten innerhalb juristischer Personen.

Außer in den gesetzlich geregelten Fällen und in den Fällen, in denen eine Analogie zu diesen möglich ist, muß in allen übrigen Fällen eine Umwandlung unter Auflösung und Neugründung eintreten, ohne daß auch nur die Vorschriften über die Universalnachfolge anwendbar wären. Auch die Rechtsprechung hat dies bei einzelnen Fällen, in denen man versuchte, eine Umwandlung unter Identität oder Universalnachfolge als vorliegend zu behaupten oder die Rechtsfolgen einer solchen geltend zu machen, ausdrücklich betont, so bei der Umwandlung einer AG. in eine GmbH.,[1] einer Versicherungsgesellschaft, die im Gebiete des ALR. Rechtsfähigkeit erlangt hat, in eine AG.,[2] einer EG. in eine AG.[3] einer Gew. n. Rs. in eine AG.[4] und umgekehrt.

---

1. Vgl. OLGRspr. 22, 24.

2. KGJ. 25 A. 285; auch enthalten in OLGRspr. 6, 114; Güthe S. 490 Anm. 20; Biermann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1914, S. 188 Anm. 8 b zu § 925 BGB., S. 328.

3. KGJ. 11, S. 132; Pinner S. 306; Holthöfer Diss. S. 78, Die eingetr. Genossenschaft und der VVaG., Leipzig 1906; RG. in Holdheims M. 1898, 7, 171.

4. So Entscheidungen des Kgl. ObTrib. 82, 221; KG. vom 16. Apr. 1890 in der ZBergR. 32, 112; das in der Umwandlung ebenso wie RG. in Gruchot 35, 1174 eine Veräußerung erblickt, ferner KGJ. 13, 224. Vgl. ferner Brassert-Gottschalk, Komm. S. 376; Fuchs-Arnheim II, 76, 2. Aufl. II, 86; Güthe I, 490 Anm. 20 d Hummel und Specht, S. 487; Kleinrath in der LZ. 1909, S. 213; Klostermann, Komm. S. 303; Predari S. 402; Schlüter und Hense, Komm. S. 247, zu § 100 III; Turnau-Förster II, S. 547; Westhoff-Bennhold S. 46, vgl. oben S. 41 Anm. 40; a. A. RG. 26, S. 334 in ZfBergR. 32, 251 und 28, S. 358, ebenso Rintelen bei Gruchot 18 (1874), S. 39; Turnau, Grundbuchordnung II, S. 144; vgl. auch Wiener, S. 334, Anm. 1; Dernburg, Sachenrecht, § 153, S. 522, Anm. 41.

Bei dieser wirtschaftlichen Umwandlung kann man auf verschiedene Weise vorgehen, wobei der Weg am geeignetsten erscheinen wird, der am wenigsten Kosten verursacht. Dies kann immer nur in jedem konkreten Falle entschieden werden.

Einzelne Beispiele mögen genügen, da sich bei allen anderen dieser Uebergänge das Verfahren in ziemlich gleicher Weise abspielt.

GmbH. in AG.: Die GmbH. selbst zeichnet die Aktien für die neu zu gründende AG. und bringt diese Aktien in die GmbH. ein, dann ist sie Mitgründer; oder sie verkauft ihr Geschäft uno acto an die AG. im Gründungsstadium. Die Werte, die die GmbH. erhält, im ersten Falle die Aktien, im zweiten Falle den Kaufpreis, darf sie erst nach Ablauf des Sperrjahres verteilen. Die Auflösung der GmbH. erfolgt durch besonderen Beschluß, der nach dem Uebergang des Vermögens an die AG. erfolgen kann. Es besteht noch ein dritter Weg, den Uebergang zu vollziehen: Die Gesellschafter der GmbH. bringen ihre Geschäftsanteile in die AG. ein und übernehmen dafür Aktien. Die AG. als alleinige Inhaberin der Geschäftsanteile der GmbH. kann dann die Auflösung der GmbH. und die Uebertragung des Vermögensganzen auf sich selbst beschließen.[5]

Aehnlich wird sich auch der Uebergang von der AG. zur EG., Gewerkschaft[6] usw. vollziehen lassen. Bei Veräußerung des Vermögens der AG. im ganzen finden die §§ 303, 307, I HGB. Anwendung.

Der Uebergang von der Gewerkschaft zur AG. ist

1. in der Weise denkbar, daß die Gewerkschaft ihr

---

5. Vgl. Staub-Hachenburg, Anm. 46 zu § 80 GmbHG. Gegen das letzte Verfahren Schlotter, Die Umwandlung von GmbH. in Aktiengesellschaften in der LZ. 1909, S. 298. Ein Beispiel dafür bei Wolff-Birkenbihl, S. 230 ff.

6. Vgl. darüber Westhoff-Bennhold, Anhang zu § 94 A, II, 3, S. 51.

Bergwerk in die zu errichtende AG. einbringt, Aktien als Gegenleistung erhält und sie dann im Wege der Liquidation an die Gewerken verteilt.

2. Die Gewerken bringen ihre Kuxe ein. Anstelle der Kuxe, deren Inhaber sich an der Einbringung nicht beteiligen wollen, muß in Höhe des Wertes der nicht beteiligten Kuxe das Aktienkapital bar gezeichnet werden, gewöhnlich geschieht dies durch eine beliebige dritte Person. Wenn die AG. alle Kuxe in ihrer Hand vereinigt, kann die Gewerkschaft aufgelöst werden und in Liquidation treten. Die Uebertragung des Bergwerks an die AG. muß, auch wenn die AG. im Besitze aller Kuxe ist, durch Auflassung erfolgen.[7]

3. Die AG. kann auch durch Barzeichnung des Aktienkapitals gegründet werden und kann mit dem Grundkapital die Kuxe der Gewerkschaft ankaufen. Welcher Weg hinsichtlich der Besteuerungen der am wenigsten kostspielige ist, vgl. bei Kleinrath in der DJZ. 1909, S. 212 ff.[8]

Ein Beispiel für die Umwandlung einer EG. in eine AG. liefert uns die Kammergerichtsentscheidung im 11. Bd., S. 132 (Jahrbuch von Johow herausgegeben):

Eine EG. beschließt durch die Generalversammlung ihre Auflösung zum Zwecke der Umwandlung in eine AG. Die Genossen der aufgelösten Genossenschaft gründen eine AG. und erklären, daß das Grundkapital der zu errichtenden AG. durch den Inbegriff des Vermögens der in Liquidation befindlichen EG., den sie in die AG. einbringen, gedeckt sei. Die Aktien sollen nach Verhältnis der Geschäftsguthaben der Genossen unter sie verteilt werden. Die Liquidatoren der EG. übertragen dann das Vermögen der EG.

---

7. Vgl. KGJ. 25 A 129.

8. Ueber die Haftungsfragen nach der Umwandlung vgl. Westhoff-Bennhold zu § 94 C. II, S. 66 ff.

auf die AG. im Gründungsstadium[9] und beenden dadurch die Liquidation. Es ist aber auch denkbar, daß die EG. vor ihrer Auflösung ihre Aktiven und Passiven an die AG. im Gründungsstadium überträgt. Es ist dies vielleicht auch ratsamer, da das Kammergericht anscheinend die Uebertragung durch die Liquidatoren als außerhalb des Rahmens ihrer Befugnisse (m. E. freilich mit Unrecht) beanstanden will. Die Verteilung der Aktien an die Genossen erfolgt dann im Wege der Liquidation nach Ablauf des Sperrjahres (§ 90, I GenG.).

Aehnlich vollzieht sich wohl auch der Uebergang von einem rechtsfähigen Verein, der sog. idealer Verein sein kann oder z. B. Kolonialverein, Kolonialgesellschaft[10] zur AG., GmbH. usw. Zur Umwandlung ist die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich.[11] Die Uebertragung von Grundstücken, die zum Vereinsvermögen gehören, geschieht durch Auflassung.[12]

Die Umwandlung eines VVaG. in eine andere Gesellschaftsform dürfte heute selten vorkommen, da Versicherung auf Gegenseitigkeit nur in der Form des VVaG. betrieben werden kann, und für fast alle anderen Versicherungen nur noch die Form der AG. zulässig ist. (§ 6 des Ges. über die privaten Versicherungsunternehmungen, Priv. VUG. v. 12. Mai 1901). Es wäre ebenfalls möglich, daß der VVaG. unter Aufgabe seines Zweckes, die Versicherung seiner Mitglieder nach dem Grundsatze der Gegenseitigkeit zu betreiben, aber dennoch in der Absicht weiter ein

---

9. Vgl. Pinner, S. 306. Bezüglich des Erwerbes durch die eingetragene AG., vgl. aber unten S. 89.

10. Schutzgebietsgesetz v. 25. Juli 1900, § 11 ff.

11. § 33, II BGB.

12. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Teil II, Anhang S. 501 unter „Aktiengesellschaften", anders wohl Gareis, der Allgemeine Teil des BGB., Berlin 1900. § 21, Nr. 6 BGB., dessen Ausführungen aber nicht genau sind.

Versicherungsunternehmen zu bilden, sich in eine AG. umwandelt, oder was häufiger geschehen kann, sich mit einer AG. fusioniert.[13] Praktisch wurde die Umwandlung von Versicherungsunternehmungen in die Form des VVaG. oder der AG. nach Erlaß des Priv. VUG. von 1901, das den VVaG. schuf (§§ 15—53, III. Abschnitt), ebenso die Umwandlung einer EG., die Versicherung auf Gegenseitigkeit betrieb, in einen VVaG. oder eine AG.[14] Das Gesetz von 1901 fordert diese Umwandlung nicht obligatorisch, sondern stellt sie in das Belieben dieser Versicherungsunternehmungen, die vor 1901 gegründet worden sind. Auch ohne Umwandlung können sie unter Beibehaltung ihrer Rechtsform zugelassen werden (§§ 96, 102). Trotzdem zogen es verschiedene Versicherungsunternehmungen vor, sich umzuwandeln. Das Kammergericht[15] forderte für die Umwandlung einer Versicherungsgesellschaft, die im Gebiete des ALR. vor 1900 die Rechtsfähigkeit erlangte, in eine Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft Auflösung und Neubildung und demzufolge Auflassung der Grundstücke.

Anders wurde es 1907 bei der Umwandlung einer EG., der Leipziger Lebensversicherungsgesellschaft (alte Leipziger) in einen VVaG. gehandhabt, die die Veröffentlichungen des Kaiserlichen Aufsichtsamts für Privatversicherung Bd. 6 S. 128 besprechen. Das Amtsgericht, das als Registergericht die Eintragungen vornahm, erklärte sich damit einverstanden, daß sich die Umwandlung ohne Auflösung und Neugründung in folgender Weise vollzog:

---

13. Vgl. Holthöfer, Diss. S. 80. Für eine Fusion ist die Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörden (§ 14 Priv. VUG. einzuholen. Die Erfordernisse der Fusion bestimmt § 44.

14. Für die Umwandlung einer preußischen Lebensversicherungsgesellschaft mit juristischer Persönlichkeit in eine AG., vgl. KGJ. 25, 285, auch oben S. 51 Anm. 2 zit.

15. Vgl. Veröffentlichungen des Kaiserl. Aufsichtsamts f. Privatversicher., Bd. 4, 1905, S. 88.

Die Satzung der EG. wurde dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen angepaßt. Die Genehmigung der Satzungsänderung durch die Aufsichtsbehörde wurde eingeholt; die EG. wurde im Genossenschaftsregister gelöscht und der VVaG. im Handelsregister gemäß § 30 Priv. VUG. eingetragen. Dieses Verfahren müßte eigentlich von dem bisherigen Standpunkt der Rechtsprechung der oberen Gerichte falsch sein. Es bleibt nun abzuwarten, ob sich bei ähnlichen Umwandlungen in Zukunft ein solches Verfahren ohne Auflösung und Neubildung durchsetzen wird.

§ 7.

Vorschläge de lege ferenda für Umwandlungen innerhalb juristischer Personen.

Es ist nach alledem höchst wünschenswert, für die nicht geregelten und nicht unter eine Analogie passenden Uebergangsfälle von Gesellschaften innerhalb der juristischen Person Umwandlungserleichterungen zu schaffen und zwar in der Form der Identitätsumwandlung,[1] die, wie gezeigt, gegenüber der Umwandlung mit Universalsukzession vorteilhafter ist. Auch die Fälle, deren Ueberbrückung nicht geeignet erscheint, werden bei Vorschreibungen von Schutzmaßregeln sehr wohl in der Tat umwandlungsfähig sein. Die Ausführbarkeit mögen hier als Vorschläge de lege ferenda einige wenige Andeutungen bezüglich der wichtigsten Fälle dartun.

An dem Verfahren der Umwandlung einer AG. in eine GmbH., wie es sich de lege lata vollzieht, brauchte ähnlich, wie es im österreichischen GmbHGes. tatsächlich be-

---

1. Vgl. Müller-Erzbach S. 407, Lehmann, Schutz und Erhaltung kaufmännischer Unternehmungen S. 24 im Gegensatz zum Aktienrecht II, S. 541.

stimmt worden ist, nur das geändert zu werden, daß anstelle des Auflösungsbeschlusses ein Umwandlungsbeschluß erfolgt; ferner daß die Universalsukzession fortfällt, und statt dessen Identität der Rechtsperson von AG. und GmbH. angenommen wird. Die Bilanz wäre dann nicht „stellvertretende Liquidationsschlußbilanz", sondern Gewinnverteilungsbilanz.[2] Der Beobachtung der Vorschriften über ein Sperrjahr bedarf es nicht.

Gegen die Einführung eines Verfahrens ohne Auflösung und Neugründung der Umwandlung der AG. oder der GmbH. in eine EG. wird sich wohl der stärkste Widerspruch erheben, unter den Widersprüchen, die gegen die hier empfohlenen Identitätsumwandlungen auftauchen werden. Zu dem Entwurf des österreichischen GmbHGesetzes von 1907 hatte die Prager Handelskammer die Anregung gegeben, die Umwandlung von EGen in Gesellschaften mit bH. durch besondere Bestimmungen zu erleichtern.[3] Die Kommission lehnte die Aufnahme solcher Bestimmungen ab, da es sich um diametral entgegengesetzte Unternehmungsformen handle: Hier Personalgesellschaft ohne festes Grundkapital, dort Kapitalgesellschaft mit Minimalstammkapital. Doch muß sich auch hier eine Umwandlung ermöglichen lassen, ohne Gläubiger und Gesellschaftsmitglieder zu schädigen. Und zwar würde die Umwandlung einer AG. in eine EG. de lege ferenda so vor sich gehen können:

Oeffentliche Bekanntmachung, durch die den Aktionären angekündigt wird, daß sie sich mit dem auf ihre Aktien entfallenden Anteile an der EG. beteiligen können, Umwandlungsbeschluß unter Vorschreibung einer qualifizierten Mehrheit. Wahl von Vorstand und Aufsichtsrat, der möglicherweise aus denselben Personen weiter bestehen kann,

---

2. Vgl. oben S. 26 Anm. 6 und S. 35 Anm. 18.
3. Vgl. Geller S. 39.

doch müssen sie Genossen sein (§ 9, II GenG.). Anmeldung des Beschlusses zum Handelsregister. Aufforderung, eventuell mit Präklusivfrist, an die Gläubiger, die der Umwandlung nicht zustimmen wollen, sich zu melden. Befriedigung, bezw. Sicherstellung der Gläubiger. Aufstellung einer Bilanz, in der der auf jede Aktie entfallende Anteil an dem Vermögen der AG. berechnet wird. Die Aktieninhaber, die sich nicht beteiligen wollen, müssen den berechneten Anteil ausgezahlt erhalten. Aktionäre, die dem Umwandlungsbeschluß nicht zugestimmt haben, zur Beteiligung zu zwingen, würde eine Schädigung von Aktionärinteressen bedeuten, da aus der leicht übertragbaren Aktie bei der Umwandlung ein unveräußerliches Geschäftsguthaben wird. Dann Statutenänderung der AG. in der Weise, daß die Statuten sich den Voraussetzungen einer Genossenschaft, sei es mit unbeschränkter Haftpflicht, unbeschränkter Nachschußpflicht, oder beschränkter Haftpflicht, anpassen (§ 7 GenG.). Dabei auch Festsetzung des Geschäftsanteils für alle Genossen. Die Aktionäre, die sich an der Umwandlung beteiligen, (eventuell muß ein Beteiligungsminimum von Aktien bezw. Aktionären vorgeschrieben werden), liefern ihre Aktien zur Einziehung durch die AG. aus und erklären sich damit einverstanden, daß der auf dieselben entfallende Betrag als ihr Geschäftsguthaben gebucht wird. Nach Ablauf eines Sperrjahres seit Anmeldung des Umwandlungsbeschlusses Eintragung im Genossenschaftsregister, Löschung im Handelsregister. Die Reihenfolge dieser Akte könnte aus Zweckmäßigkeitsgründen verschoben werden.

Aus diesem Verfahren sind vier Bestandteile für jede der de lege ferenda vorzuschlagenden Umwandlungen, die hier nicht weiter durchgegangen werden können, wesentlich: Qualifizierte Mehrheit zur Fassung des Umwandlungsbeschlusses; Befriedigung bezw. Sicherstellung der Gläubiger, die der Umwandlung nicht zustimmen wollen; Beobachtung eines Sperrjahres und Auszahlung der Anteile, mag es sich

um Aktien, Kuxe, Anteilscheine usw. handeln, an die Gesellschaftsmitglieder, die der Umwandlung nicht zugestimmt haben. Wo es sich um den Uebergang zu einer Gesellschaftsform mit strengerer Haftung handelt, könnten wohl die Gläubigerbefriedigung und das Sperrjahr fortfallen, so bei der Umwandlung der AG. in eine Gewerkschaft, da bei der Gewerkschaft noch die unabänderliche Zubußepflicht besteht (§ 102, II BergGes.).

Soviel kann jedenfalls den kurzen Andeutungen über das Verfahren dieser Umwandlungen, de lege ferenda vorgeschlagen, entnommen werden, daß eine Durchführung der Umwandlung ohne Auflösung und Neugründung bei allen Gesellschaften innerhalb der juristischen Person möglich ist.

Zweiter Teil.

Umwandlungen von Gesellschaften im engeren Sinne ineinander.

§ 8.

Die gesetzlich geregelten Fälle.

Es finden sich im Gesetz Bestimmungen, in denen zwar von „Umwandlung" nicht die Rede ist, die aber dennoch eine Regelung dieser Materie in sich bergen und als Umwandlung bezeichnet werden können. Die Umwandlung geht als Identitätsumwandlung vor sich. Diese Gesetzesstellen betreffen die Umwandlung einer off. HG. in eine KG. und einer KG. in eine off. HG. (§§ 162, III, 130, 139, 176 HGB.). Die Vorschriften über die Anmeldungspflicht bei der Gründung der KG (162 Abs. 1 und 2) finden laut des Abs. 3 des § 162 „im Falle des Eintritts eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft und im Falle des Ausscheidens eines Kommanditisten entsprechende Anwendung."

Aus dieser Gesetzesstelle und den §§ 139 und 176 HGB., die denselben Rechtsgedanken tragen, geht hervor, daß eine Identität der Handelsgesellschaft, nicht Auflösung und Neubildung mit Universalsukzession beabsichtigt ist, wenn ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft, also auch eine off. HG. eintritt, m. a. W. die off. HG. sich in eine KG. umwandelt, und umgekehrt, wenn die Kommanditisten aus einer KG. ausscheiden und mehrere

Komplementare übrig bleiben, oder wenn sämtliche Kommanditisten persönlich haftende Gesellschafter werden, m. a. W. eine KG. sich in eine offene HG. umwandelt. Dies war in der Rechtsprechung unter der Geltung des ADHGB. bestritten,[1] ist aber jetzt insbes. vom Kammergericht in ständiger Rechtsprechung anerkannt worden.[2]

Die Vorschriften des § 162, III finden auch Anwendung, wenn aus einer off. HG. ein offener Handelsgesellschafter austritt, ein anderer Teilnehmer als Kommanditist eintritt, und ebenso, wenn ein Kommanditist aus einer KG. ausscheidet und in die umgewandelte Handelsgesellschaft ein neuer Gesellschafter als offener Handelsgesellschafter eintritt. Die Identität der Gesellschaft bleibt auch in diesen Fällen gewahrt, ebenso wie dies angenommen wird, wenn in einer off. HG. ein Gesellschafter ausscheidet, ein anderer gleichzeitig eintritt, und der Wille der Parteien auf Fortsetzung der Gesellschaft gerichtet ist.[3] Aus der Identität der Gesellschaft folgt als selbstverständlich und daher vom Gesetze nicht besonders hervorgehoben, die Haftung der fortbestehenden Gesellschaft selbst für die früheren Verbindlichkeiten. Die Haftung des eintretenden Komman-

---

1. RG. 32, 47 vgl. dazu auch Lehmann ZHR. 50, 19.

2. Vgl. KGJ. 26 A 220; 27 B 36; 39 A 219; RG. 55, 126; OLGR. 13, 23; ferner RG. in JurWoch. 1903 S. 293, 18; Denkschr. zum HGB. Carl Heymanns Verlag S. 54; Güthe S. 490 Anm. 20; Lehmann ZHR. 50, S. 37/38; Lehmann-Ring Nr. 4 zu § 162 HGB.; Planck Anm. 1 d zu § 925 BGB.; Staudinger Anm. II, 1 g zu § 925 BGB., a. A. nur Goldmann Anm. 31 zu § 162 HGB. (Komm. zum HGB. 1905).

3. Vgl. ROHG. 14, 151; KGJ. 11, 17; OLGM. 13, 24; 19, 312. OLG. Stuttgart in SeuffBl. 74, 321; RG. in Holdheims Monschr. 11, 37 und 203; RG. in JW. 1899 S. 675 Nr. 13; RG. in JW. 1901 S. 845 Nr. 28. Vgl. auch Düringer-Hachenburg Anm. 5 zu § 130 HGB.; Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 130 HGB.; Staub, Anm. 3 zu § 130, Anm. 48 d zu § 105 HGB. Abweichend Makower Anm. I a zu § 130 HGB.

ditisten für die vor seinem Eintritte begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft regelt § 173 HGB. Einen besonderen Fall der Umwandlung einer off. HG. in eine KG. bildet die Vorschrift des § 139 HGB., die die Fortsetzung der off. HG. mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters gestattet, falls der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung darüber enthielt. Jeder Erbe hat das Wahlrecht, als offener Handelsgesellschafter oder als Kommanditist in der Gesellschaft zu verbleiben. Macht er den Gesellschaftern den Antrag, daß er Kommanditist sein wolle, und nehmen die Gesellschafter diesen Antrag an, so verwandelt sich damit die off. HG. in eine KG., die die offene HG. fortsetzt.[4] Daher ist, wenn im Falle von § 139 HGB. der Erbe eines Gesellschafters bevormundet wird, § 1822 Nr. 3 BGB. nicht[5] unmittelbar anwendbar, da es sich hier nicht um den entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäftes oder die Eingehung eines Gesellschaftsvertrages zum Betriebe eines solchen handelt. Im Interesse des Mündels wird man aber § 1822 Nr. 3 BGB., zugleich in Verbindung mit § 1822 Nr. 1 BGB. analog anwenden und demnach eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu einem Rechtsgeschäfte des Vormunds nach § 139 HGB. für notwendig erachten können.

Unter den Folgerungen, die sich an die Annahme einer Identität der Rechtsperson bei der Umwandlung einer off. HG. in eine KG. und umgekehrt knüpfen, sind, abgesehen von den allgemeinen Folgerungen, die bei jeder Umwandlung unter Erhaltung der Identität der Gesellschaft zu ziehen sind,[6] noch besonders die der Firmenfortführung zu erörtern. Im Falle einer Sukzession findet § 22 HGB. Anwendung,

---

4. Vgl. KGJ. 26 A 220; Lehmann-Ring Nr. 7 zu § 139 HGB.; Staub Anm. 17 zu § 139 HGB.

5. So Lehmann-Ring Nr. 7 zu § 139 und Nr. 4 zu § 162 HGB. a. A. KG. in OLGRspr. 4, 452.

im Falle einer Umwandlung § 24 HGB. Der Unterschied zwischen beiden Paragraphen liegt darin, daß nach § 22 eine Firmenfortführung nur möglich ist, wenn der Veräußerer zustimmt, nicht dagegen nach § 24, abgesehen von dem Sonderfall des Absatz 2 (Ausscheiden eines Gesellschafters, dessen Name in der Firma enthalten ist). § 24 HGB. bestimmt: „Wird jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen, oder tritt ein neuer Gesellschafter ein oder scheidet aus einer solchen ein Gesellschafter aus, so kann ungeachtet dieser Veränderung die bisherige Firma fortgeführt werden." Das Gesetz gestattet also die Fortführung der bisherigen Firma auch in den Fällen der Umwandlung einer off. Handelsgesellschaft in eine KG. und der Umwandlung einer KG. in eine off. HG. Bei der letzteren Umwandlung, die einen Uebergang von der beschränkten zur persönlichen, für die Gläubiger also kreditwürdigeren Haftungsart darstellt, erscheint dies unbedenklich, denn alsdann wird keine für die Gläubiger nachteilige Täuschung über die Art des Geschäfts (§ 18, II HGB.) herbeigeführt.[7] Bedenklicher erscheint die Anwendbarkeit des § 24 HGB. auf die Umwandlung der off. HG. in eine KG. Wenn die off. HG. Bering & Meyer sich z. B. in der Weise in eine KG. umwandelt, daß Meyer als offener Handelsgesellschafter ausscheidet und Kommanditist wird, so wäre für die KG. die Firma Bering & Meyer zufolge der Vorschrift des § 19, IV HGB. unwahr, sie müßte von nun an Bering & Co. lauten. Hieß aber die off. HG. z. B. Kreutzer & Co., in der Kreutzer, Müller und Schulze Gesellschafter waren, und scheidet nun Müller aus und tritt Tobach als Kommanditist ein, so bleibt die Firma Kreutzer

---

6. Vgl. oben S. 46.

7. Vgl. KG. in Holdheims M. 8, 226; Lehmann-Ring Nr. 2b zu § 24 HGB.; Staub Anm. 5 zu § 24 HGB.; a. A. Lehmann ZHR .50, 38 Anm. 23.

& Co. richtig, da unter dieser Firma sowohl eine off. HG., als auch eine KG. betrieben werden kann. Trotzdem nun in dem ersten Beispiel im Sinne des § 18, II eine Täuschung des Publikums entstehen kann, so ist doch § 24 HGB. an zuwenden, da § 18 nur von der Entstehung der Firma handelt und das Prinzip der Firmenwahrheit nur bei Entstehung der Firma gilt, nicht bei der sogen. abgeleiteten Firma.[8] Die Firma Bering & Meyer bildet dann eine sog. abgeleitete Firma. Nur der Zusatz „offene Handelsgesellschaft" muß bei der Umwandlung einer off. HG. in eine KG. gestrichen werden, da die Beibehaltung des Zusatzes, zu direkter Täuschung und dadurch zu möglicher Schädigung des Verkehrs führen würde."[9] In allen anderen Fällen muß eine entsprechende Aenderung der Firma vorgenommen werden. Bei der Umwandlung einer KGA. z. B. in eine AG. muß der Zusatz „Kommanditgesellschaft auf Aktien" durch den Zusatz „Aktiengesellschaft" ersetzt werden,[10] da diese Zusätze nach den gesetzlichen Vorschriften obligatorische sind (hier nach § 22 Abs. 1 S. 2 HGB.). Wenn aber eine Veränderung der Firma erfolgt, so hat das auf den Fortbestand der Gesellschaft keinen Einfluß,[11] denn nur der Name der Handelsgesellschaft wechselt.

§ 9.

Die Fälle, in denen das Gesetz schweigt.

Die Anwendung einer Identitätsumwandlung, wie sie

8. Ebenso Düringer-Hachenburg Anm. 4 zu § 24 HGB.; 1. Bd. 2. Autl. 1908; Lehmann-Ring Nr. 2b zu § 24 HGB.; Staub Anm. 5 zu § 24HGB.; ihm folgend, doch zweifelnd Marx, „Firmenrechtliche Grundbegriffe" 1912, S. 217. a. A. Pisko. Das kaufmännische Unternehmen in Ehrenberg, Hdb. des HR. Bd. II, 1, S. 302.

9. Staub, Anm. 5 zu § 24 HGB.

10. Vgl. Pisko, s. oben Anm. 8.

11. Vgl. RG. 85, 399; auch in Bauers Z. XXII, Jhg. 1915, S. 256; auch Cohen Diss. S. 50; Staub Anm. 51 zu § 105 HGB.

auf Grund des Gesetzes bei einer Umwandlung der o. HG. in eine KG. und umgekehrt erfolgen kann, auf die übrigen Fälle der Umwandlungen von Gesellschaften (im Gegensatz zu juristischen Personen) bereitet keine Schwierigkeiten, da sich ja auch die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft ohne Beobachtung eines besonderen Verfahrens vollziehen kann.

Der praktisch wichtigste Fall von den vom Gesetz nicht behandelten Umwandlungen der auf einem Gesellschaftsvertrage beruhenden Gesamthandschaften ist die Umwandlung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine offene HG., die also beide im Rechtssinne ineinander umwandlungsfähig sind. Mehrere Landwirte betreiben z. B. gemeinsam auf gemeinsamem Boden ein landwirtschaftliches Nebengewerbe und beschließen durch Vertrag, von nun an eine offene Handelsgesellschaft zu bilden."[1] Alsdann kann sich diese Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach § 3 Abs. 2 HGB. als offene Handelsgesellschaft eintragen lassen. In anderen Fällen erfolgt die Eintragung nach § 2 HGB. Unter Umständen besteht dann sogar eine Umwandlungspflicht, d. h. eine Verpflichtung zur Eintragungsanmeldung, nämlich dann, wenn das Unternehmen „nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert." Die Formvorschriften der §§ 311 und 313 BGB. finden keine Anwendung, da eine Uebertragung des Vermögens oder eines Grundstücks nicht stattfindet, weil das Rechtssubjekt fortbesteht. Es ist also keine Auflassung erforderlich.[2] A. M. sind Leh-

1. Vgl. Düringer-Hachenburg S. 362 oder den Fall, den Jung, Umwandlung von Gesellschaften in der Z. f. d. Notariat in Bayern, 12. Jhg. 1911, S. 320, gibt; vgl. auch Gierke, Vereine ohne Rechtsf., S. 23, Anm. 34 a.

2. Ebenso die in Anm. 1 Genannten und Cohen Diss. S. 47 ff.; Güthe S. 490 Anm. 20; Neudegger, „Die Gesellschaft des BGB. im Grundbuchrecht". ArchBürgR. 34, 114.

mann und Staub.[3] Lehmann hält deshalb die Auflassung und Eintragung für nötig, „weil die Gesellschaftsfirma eine möglicherweise wechselnde Zahl von Gesellschaftern darstellt.“ Nun ist aber eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nicht immer notwendig gleich der Summe der Gesellschafter, welche die Gesellschaft eingegangen sind; wie schon oben S. 21 Anm. 17 b β ausgeführt, besteht die Möglichkeit des Eintritts neuer Gesellschafter unter Fortbestand der Gesellschaft. Auch die Gesellschaft des bürg. Rechts kann aus einer Summe von jeweilig wechselnden Gesellschaftern bestehen, ebenso wie die off. HG. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die off. HG. sind nicht zwei verschiedene Arten von Gesamthänderschaften, sondern fallen unter dieselbe Kategorie; man kann die off. HG. sogar als Abart der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft bezeichnen, das geht aus § 105, II HGB. hervor.[4]

Fraglich ist der Fall, den Lehmann[5] mit der Umwandlung der Gesellschaft des bürg. Rechts in eine off. HG. gleichstellt, wenn zwei in Gütergemeinschaft[6] lebende Ehegatten eine off. HG. bilden und ihr zum Gesamtgut gehöriges Grundstück in diese einbringen. Für den Subjektwechsel wird angeführt, daß es sich bei der Gütergemeinschaft nur um die beiden Eheleute A. und B. handle, während die Gesellschaftsfirma eine möglicherweise wechselnde Zahl von

---

3. Lehrb. S. 307 Anm. 3; Staub Anm. 30 zu § 105 HGB.

4. Vgl. Düringer-Hachenburg S. 10 und Anm. 3 zu § 105 HGB.; Geiler Verein und Gesellschaft in der LZ. 1911, S. 505 ff.; Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 11; RG. in JW. 1906, S. 452; a. A. RG. 60, 94 und RG. in LZ. 1907, S. 139, 4.

5. Vgl. oben Anm. 3.

6. Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft (s. unten S. 67) sind zwar keine „Gesellschaften“, da aber die Umwandlung dieser Gesamthandsformen in Gesellschaften mit der Umwandlung der Gesellschafts-Gesamthandschaften in einander gleichgestellt wird, so mögen sie auch hier Erwähnung finden.

Gesellschaftern darstelle. Dagegen ist anzuführen, daß die Zahl der Mitglieder dieser Gemeinschaft zur gesamten Hand vergrößert oder verringert werden kann durch Eintritt und Ausscheiden von Abkömmlingen in der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Es sind zwar die Personen, die eintreten können, im voraus fixiert, ein beliebiger X. oder Y. kann in die Gütergemeinschaft nicht eintreten, trotzdem wird man aber doch Identität beider Gesamthandschaften annehmen können.[7]

Ebenso ist für die Erbengemeinschaft zu entscheiden, die eine OHG. bilden will.[8] Die Erbengemeinschaft nach § 2032 BGB. ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand,[9] deren Personenkreis erweiterungsfähig ist, denn nach § 2033 BGB. kann der Erbe über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen. Es könnte also an seine Stelle zunächst einmal ein anderer treten und er ausscheiden. Ferner aber wird man annehmen müssen, daß der Erbe auch über einen Bruchteil seines Anteils am Nachlasse verfügen kann.[10] Es könnten also auch an Stelle des einen Erben zwei oder mehrere Erbteilskäufer in das Gesamthandsverhältnis[11] eintreten. Auch könnten anstelle eines Miterben, der vor der Auseinander-

---

7. Vgl. auch Düringer-Hachenburg Anm. 161 S. 136; Deitigsmann Diss. S. 35; a. A. Cohen Diss. S. 56 und Gildemeister ZHR. 54, 115, der zwar keine materiellrechtliche Veränderung als vorliegend erachtet, aber auch für einen reinen Formalakt Auflassung fordert.

8. So Düringer-Hachenburg S. 362; Jung in BayrZ. f. d. Not. 1911, S. 328; Deitigsmann mit anderer Begründung S. 35. A. M. Cohen, S. 57; Heinitz S. 287; Tarifst. 8 a δ.

9. Vgl. Staudinger Bd. V Anm. 1 zu § 2032 BGB.

10. Vgl. Staudinger Bd. V S. 306, dazu die dort zitierte Literatur.

11. RG. 60, 131, vgl. daselbst auch die angeführte Literatur. Die Materie ist sehr bestritten. Zu weit geht wohl Leonhard, Erbrecht, 1912, III, C, der nicht allein den Erwerber eines Erbanteils in die Rechtsstellung des Miterben eintreten, sondern auch das Erbrecht selbst übergehen läßt.

setzung stirbt, dessen Erben treten. Ein Ausscheiden von Erben aus der Erbengemeinschaft ist möglich durch Ausschlagen der Erbschaft seitens eines Miterben. Es umfaßt also die Erbengemeinschaft einen eventuell wechselnden Personenkreis, ebenso wie die off. HG. Es findet also auch beim Uebergang von der Erbengemeinschaft zur off. HG. kein Personenwechsel statt, und daher ist eine Auflassung bei Grundstücken nicht nötig, § 313 BGB. nicht anwendbar.

An der Art des Eigentums beim Uebergange einer Gesamthandsform in eine andere, so auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft ändert sich nichts. Anders läge es, wenn sich Miteigentum nach Bruchteilen in Eigentum zur gesamten Hand oder umgekehrt umsetzen würde. Dann wäre nach der heute zur herrschenden Meinung gelangten Ansicht eine Auflassung erforderlich.[12]

Die umgewandelte Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erhält als off. HG. eine Firma. Die Auflassung eines Grundstückes an die off. HG. braucht nach dem eben Ausgeführten nicht zu erfolgen, wohl aber eine Berichtigung des Grundbuchs, soweit sie beantragt wird (§ 22 GBO.), denn das Grundstück der off. HG. wird unter ihrer Firma eingetragen[13] (§ 124, I HGB.), während bei der Gesellschaft des bürg. Rechts die Eintragung auf den Namen der einzelnen Gesellschafter „als Gesellschafter“ oder „auf die Summe der jeweiligen Gesellschafter“ (48 GBO.)[14] stattfindet.

Die Gesellschafter der umgewandelten Gesellschaft des bürg. Rechts haften nun auch wie bisher nach § 427 BGB.

---

12. Vgl. Güthe S. 489 Anm. 19; Neudegger in ArchBürgR. 34, 41—54; Staub Anm. 30 zu § 105 HGB. Außer dem Kammergericht, das schon immer diesen Grundsatz vertrat, jetzt auch das RG. in Bd. 56, 96; 57, 432.

13. Güthe Anm. 7 zu § 33 GBO.; Staub Anm. 29 zu § 130 HGB.; OLGRspr. 6, 260.

14. Vgl. Güthe Anm. 8 S. 978 zu § 48 GBO.

jetzt nach § 105 HGB. in Verbindung mit § 427 BGB. als Gesellschafter der off. HG. mit ihrem Gesamtvermögen den Gläubigern der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und der off. HG.

Die Gesellschaftsgläubiger sind bei beiden Gesellschaften bezüglich der Haftung der Gesellschafter völlig gleichgestellt. Nur in einer Hinsicht haben die Privatgläubiger der Gesellschafter bei der Gesellschaft des BGB. weitergehende Rechte als bei der off. HG. Nach § 725 BGB. „kann ein Gläubiger eines Gesellschafters, der die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt hat, die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.“ Dagegen kann nach § 135 HGB. der Privatgläubiger eines Gesellschafters nur 6 Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt und nur, nachdem eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist (die anderen Voraussetzungen stimmen mit denen des § 725 BGB. überein) die Gesellschaft kündigen. Bei einer Umwandlung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine offene HG. würde also die Stellung der Privatgläubiger der Gesellschafter in dieser Weise verschlechtert. So erheblich ist aber m. E. diese Verschlechterung der Gläubigerposition nicht, als daß man aus diesem Grunde die Zulässigkeit einer Umwandlung der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in eine off. HG. versagen sollte. Eine Umwandlung nur zu dem Zwecke, die drohende Kündigung eines Privatgläubigers um ein halbes Jahr oder fast ein Jahr hinauszuschieben, wird praktisch wohl kaum vorkommen. In solchem Falle wäre die Umwandlung vielleicht als Rechtshandlung des Schuldners, die dieser in der den Vertragskontrahenten, nämlich den andern Gesellschaftern, bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, nach § 3 des Gesetzes betr. die Anfechtung

von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. VII. 1879, Neufassung 1898, anfechtbar.

Ebenso wie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich in eine off. HG. umwandeln läßt, muß umgekehrt auch eine off. HG. sich in eine Gesellschaft des bürg. Rechts im Rechtssinne umwandeln lassen. Die Umwandlung kann dadurch geschehen, daß die off. HG. z. B. ihren Betrieb so verringert, daß sie nur noch ein Kleingewerbe betreibt (vgl. § 4 Abs. 2 HGB.) und ihre Firma löschen läßt. Ein anderes Beispiel für eine solche Umwandlung gibt Jung in der Bayr. Z. für das Notariat XII. Jahrg., 1911, S. 326: Die beiden alleinigen Teilhaber einer off. HG. verkaufen und übertragen das von ihnen betriebene Geschäft mit der Firma als Ganzes — jedoch unter Vorbehalt einiger Grundstücke — an einen Einzelkaufmann. Die Gesellschaft ist infolge der Geschäftsübertragung aufgelöst, gilt aber in Liquidation nach § 156 HGB. als fortbestehend. Diese fortbestehende off. HG. müßte nun eine neue Firma annehmen,[15] und diese dann mit dem Zusatz „in Liquidation" anmelden. Um das zu vermeiden, kann sich die fortbestehende off. HG. in eine Gesellschaft des bürg. Rechts umwandeln.

Diesem Beispiele möchte ich eine andere Lösung geben. Mit der Veräußerung des Geschäfts samt der Firma ist m. E. die off. HG. noch nicht aufgelöst, falls nicht der Wille der Gesellschafter darauf gerichtet ist (§ 131 Ziff. 2 HGB.). Keiner der im § 131 HGB. genannten gesetzlichen Auflösungsgründe wäre hier sonst maßgebend. Die Gesellschafter der noch nicht aufgelösten off. HG. können jetzt einen Gesellschaftsvertrag im Sinne von § 705 BGB. schließen, indem sie als gemeinsamen Zweck die Verwaltung und Verwertung von Grundstücken angeben und dann (sie fordern Umschreibung der Grundstücke auf die Gesell-

15. Vgl. KGJ. 37 A 317; 39 A 104; Staub Anm. 8 zu § 145 HGB.

schafter zur gesamten Hand) die Gesellschaft in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts umwandeln. Eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann auch in eine KG. und umgekehrt de lege lata nach dem Prinzip der Umwandlung unter Wahrung der Identität der Gesellschaft umgewandelt werden. Das über die Umwandlung der Gesellschaft des bürg. R. in eine off. HG. Ausgeführte kann dann entsprechend angewendet werden. Daß als Folge dieser Umwandlung in der Regel[16] eine Haftungsverschiebung eintritt, da der Kommanditist für die Gesellschaftsschulden nur in Höhe seiner rückständigen Einlagen haftet (§ 171, 172 HGB.) stört die Umwandlungsmöglichkeit nicht. Bei der Umwandlung der off. HG. in eine KG. tritt die gleiche Haftungsverschiebung ein und dennoch ist eine Umwandlung nach dem Gesetz zulässig. Für die Umwandlung der Gesellschaft nach BGB. in eine KG. finden auch die §§ 130, 173 HGB. Anwendung, dagegen nicht § 176 HGB. Dies geht hervor aus Abs. 1 Satz 2 von § 176 HGB.

Eine Umwandlung im Rechtssinne des nicht rechtsfähigen Vereins in eine bürgerlich rechtliche Gesellschaft oder in eine off. HG. muß ebenfalls de lege lata durchführbar sein. Dies ist näher zu erläutern:

Nicht rechtsfähiger Verein und Gesellschaft sind m. E. nicht identisch.[17] Die Abgrenzung beider ist aber oft sehr bestritten und schwer zu finden. Um so mehr muß die Möglichkeit bestehen, beide Assoziationsformen ohne Auflösung und Neugründung in einander überzuführen. Die

---

16. Es kann auch bürgerliche Gesellschaften geben, in der zwar alle Gesellschafter als Gesamtschuldner haften, aber einer von ihnen beschränkt, in Höhe einer bestimmten Einlage; vgl. Staub, Anm. 6 zu § 176 HGB., RG. 12, 230. Eine Haftungsverschieaung braucht also nicht einzutreten.

17. Auf die Unterscheidungsmerkmale beider Gebilde ist in diesem Zusammenhange nicht näher einzugehen. Der Hauptvertreter der Nichtidentitätsansicht ist Gierke S. 12, vgl. ferner Düringer-Hachenburg S. 10; Geiler in der LZ. 1911, S. 508; Planck-Strohal

Gesamthand bleibt bei der Umwandlung des nicht rechtsfähigen Vereins in eine Gesellschaft und umgekehrt dieselbe, da bei beiden als Gesamthand die Summe der jeweiligen Gesellschafter erscheint. Der nicht rechtsfähige Verein kann insofern an der Umwandlung ein Interesse haben, als er, wenn er Gesellschaft des BGB. wird, die passive Parteifähigkeit (§ 50, II ZPO.) verliert und der Vorschrift des § 54 S. 2 BGB. („aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen, d. i. nicht rechtsfähigen Vereins, einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner") nicht mehr unterliegt. Nun braucht der nicht rechtsfähige Verein nicht dadurch, daß er sich ausdrücklich als Gesellschaft bezeichnet, eine Gesellschaft zu sein;[18] oder, er kann sich nicht dadurch, daß er durch Satzungsänderung diese Bezeichnung in die Satzung hereinbringt, in eine Gesellschaft umwandeln. Die Umwandlung eines nicht rechtsfähigen Vereins in eine Gesellschaft könnte nur dann vor sich gehen, wenn tatsächlich die korporative Form des nicht rechtsfähigen Vereins in die gesellschaftliche Form verwandelt wird; wenn also z. B. die Absicht, von vornherein eine unbeschränkte Mitgliederzahl aufzunehmen, aufgegeben wird; die Worte der Satzung: „Die Vereinsmitgliedschaft wird durch die Zahlung eines Beitrages von 3 Mk. erworben" werden gestrichen und statt dessen wird zwischen bestimmt benannten Personen ein Gesellschaftsvertrag verabredet. Die bloße Bezeichnungsänderung kann eine Umwandlung nicht bewirken.

Anm. 1 zu § 54 BGB. Die Identitätsansicht vertritt Staub in der 6./7. Aufl. 1900, S. 1036, Exkurs zu § 342 HGB. Anm. 84; Sachau ZHR. 56, 457 usw.; Cosack, Lehrb. des deutschen bürg. R. II, 2, 6. Aufl. 1912, S. 468, § 282 I, 1: Ein nicht rechtsf. Verein könne sehr wohl zugleich eine Gesellschaft im Sinne des Gesetzes sein.

18. Vgl. RG. 60, 94; Planck-Strohal Anm. 1 zu § 54 BGB.

Ein nicht rechtsfähiger Verein kann sich also in eine Gesellschaft des bürg. Rechts im Rechtssinne umwandeln, desgl. eine Gesellschaft in einen nicht rechtsfähigen Verein.[19] Letzteres kann dadurch geschehen, daß die Gesellschaft ihre Statuten so ändert, daß sie auf eine korporative Vereinigung schließen lassen. Das Beispiel von S. 72 kann nun umgekehrt werden.

Wie die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, so kann sich auch ein nicht rechtsfähiger Verein in eine off. HG. bezw. KG. umwandeln. Bestritten ist die Frage, ob ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB. betreibt, eine off. HG. ist. Geht man von der Ansicht der Nichtidentität des Vereins mit der Gesellschaft aus, so muß die Beantwortung der Frage verneinend lauten.[20] Ein nicht rechtsfähiger Verein (oder vielmehr genau genommen seine Mitglieder[21]) kann, auch wenn er ein Handelsgewerbe nach § 1 oder § 2 HGB. betreibt, nicht gezwungen werden, sich nach § 2 HGB. als off. HG. eintragen zu lassen.[22] Will aber der nicht rechtsfähige Verein eine off. HG. oder KG. werden, d. h. will er sich in eine off. HG. oder KG. umwandeln, so ist dies nur möglich, wenn er seine korporative Organisation soweit verändert, daß sie die Form einer Gesellschaft des bürg. Rechts

---

19. Diese Umwandlung versagt Neudegger im ArchBürgR. 34, 114, jedoch ohne Begründung.

20. So Düringer-Hachenburg Anm. 3 zu § 105 HGB. Gierke im ArchBürgR. 19, 136; Kelk „Ist ein nicht rechtsfähiger Verein, der ein Handelsgewerbe i. S. des § 1 HGB. betreibt, eine off. HG.? Diss. Rostock 1904, S. 40. a. A. Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 105 HGB.; Staub, s. oben Anm. 17 S. 72; KGJ. 41 A 118 f. Eine andere Frage ist, ob die Vereinsbäckerei, um die es sich in der eben zit. Entscheidung handelt, nicht eine Gesellschaft (dies ist der umgekehrte Fall zu dem in RGE. in Anm. 18 Angeführten) darstellt und als solche eine off. HG. nach § 1 HGB. geworden ist.

21. Vgl. Sachau S. 473.

22. Vgl. Kelk S. 47.

bildet.[23] Dann kann er sich nach § 2 HGB. nach seiner Wahl als off. HG. oder als KG. in das Handelsregister eintragen lassen.

Was umgekehrt die Umwandlung der off. HG. oder KG. in einen nicht rechtsfähigen Verein betrifft, so liegt auch hier kein Grund vor, die Umwandlung zu versagen und Auflösung und Neubildung zu verlangen.

Die Möglichkeit der Umwandlung der off. HG. und KG. in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und die Umwandlung der Gesellschaft in einen nicht rechtsfähigen Verein sind bereits oben S. 70, 71, 73 bejaht worden, daraus folgt jetzt auch die Umwandlungszulässigkeit der off. HG. oder KG. in einen nicht rechtsfähigen Verein.

Die letzte noch betreffs einer Umwandlungsfähigkeit in Gesellschaft-Gesamthandschaften näher zu untersuchende Gesellschaft ist die Reederei. „Die Reederei ist eine auf dem Miteigentume am Schiffe beruhende Erwerbsgesellschaft nach bürgerlichem Rechte.“[24] Eine Umwandlung der Reederei in die Formen der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft, der off. HG. usw. und umgekehrt, wird wohl kaum jemals praktisch vorkommen, anders vielleicht das Bedürfnis nach einer Umwandlung der Reederei in eine juristische Person, z. B. eine AG.[25] Trotzdem aber könnten immer einmal Umwandlungsforderungen auch hinsichtlich

---

23. Vgl. das Beispiel S. 72. Hinzu kommt noch der Beschluß, ein Handelsgewerbe fortzusetzen oder neu zu betreiben.

24. RG. 71, 27; fernere Entscheidungen bei Güthe 2, S. 1755; vgl. ferner Lewis-Boyens, Das deutsche Seerecht 1897, Bd. I, S. 240 ff.; Makower-Löwe HGB. 2. Bd., Buch IV mit Komm.; Seehandel 12. Aufl. 1900, S. 14 zu § 48 HGB.; Schaps, „Das deutsche Seerecht“, Berlin 1906, S. 99/100. Letzterer nennt die Reederei eine „Gewerbsgesellschaft sui generis“.

25. Vgl. die Entwicklung von der Einzelreederei zur Aktienreederei bei Wüstendörfer „Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrags“, Teil I, 1905, S. 34 ff.

26. Vgl. oben S. 14.

dieser bisher unpraktischen Fälle eintreten, denn wie schon im Anfang der Arbeit angedeutet wurde,[26] können die Motive für eine Umwandlung so mannigfache sein, z. B. neue Steuergesetze, das Auftauchen neuer Zwecke und Ziele infolge eines Krieges, daß solch eine Umwandlung plötzlich praktisch werden könnte, und daher scheint die Feststellung einer Umwandlungsmöglichkeit geboten. Die Umwandlung einer off. HG. in eine Reederei geschieht unter Identität beider Gesellschaften.

Die Gesellschafter der off. HG. haben vor der Umwandlung das Schiff zur gesamten Hand, die Mitreeder haben es ebenfalls zur gesamten Hand,[27] nicht zu Bruchteilseigentum.

Auch der Fall der Umwandlung einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eines nicht rechtsfähigen Vereins in eine Reederei ist ebenso im Sinne der Identität zu entscheiden. Ein Beispiel wäre: eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder ein nicht rechtsfähiger Verein besitzt einen Dampfer, der zu Spazierfahrten der Mitglieder dient. Die Gesellschafter beschließen, das Schiff von nun an als Frachtschiff einzurichten und zum Erwerbe durch die Seefahrt zu benutzen. Die Gesellschafter selbst wollen ihre Vereinigung nur noch auf die Ausnutzung dieses Schiffes

---

27. Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht III, 821; Lewis-Boyens a. a. O. S. 241; Schaps a. a. O. Anm. 28 zu § 489 HGB. S. 100, a. M. Dernburg, Lehrb. des Pr. PrivatR. II, Halle 1880, § 215 S. 608 und Schuldverhältnisse II, 2, 4. Aufl. von Raape 1915, § 373, II, Anm. 5, S. 716. Auch Pappenheim Hdb. des Seerechts, II. Bd., Leipzig 1906, S. 87. Ehegatten in Gütergemeinschaft, zu deren gemeinschaftlichem Vermögen ein Schiff zum Erwerbe durch die Seefahrt gehört, und eine Erbengemeinschaft, in deren Erbschaft sich ein Schiff befindet, bilden keine Reederei. Erst dann, wenn die Ehegatten oder die Erben einen Reedereivertrag (ausdrücklich oder stillschweigend; in letzterem Falle müssen konkludente Handlungen den Abschluß dartun) schließen, werden sie Mitreeder, denn erst dann wird ein Sozietätsverhältnis geschaffen.

konzentrieren. Es ist also in solchem Falle von Wichtigkeit für sie, die Gesellschaft bezw. den nicht rechtsfähigen Verein in eine Reederei umzuwandeln.

Ebenso wie diese letztere Umwandlung zulässig ist, so kann sich auch eine Reederei in eine off. HG. umwandeln, und es liegt dann nicht anders, als wenn eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich in eine off. HG. umwandelt, da die Reederei auch nur eine besondere Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts darstellt.

Ziehen wir nun das Ergebnis aller dieser Umwandlungsfälle, so ergibt sich die Möglichkeit, de lege lata alle Gesellschafts-Gesamthandschaften ineinander im Rechtssinne „umzuwandeln", ohne eine Auflösung und Neugründung vornehmen zu müssen.

Dritter Teil.

§ 10.

Die Liquidationsgesellschaft als umgewandelte Gesellschaft und die Umwandlung einer Gesellschaft in Liquidation.

Juristische Personen oder Gesellschaften im engeren Sinne in Liquidation können zweckmäßig nebeneinandergestellt behandelt werden, daher ist hier für die Liquidationsgesellschaft ein besonderer Teil III geschaffen worden.

Ueber das Wesen der Liquidationsgesellschaft herrscht Streit. Die verschiedenen Theorien kann man in zwei Gruppen teilen: 1. in die Ansichten derer, die man mit Wimpfheimer[1] unter dem Namen Identitätstheorie und 2. derer, die man unter der Bezeichnung Sukzessionstheorie[2] zusammenfassen kann. Zur Widerlegung der letzteren Theorie, die mit der Auflösung der Gesellschaft auch deren Existenz als solche aufhören und die Gesellschaft in Liqu. als Rechtsnachfolgerin der arbeitenden Gesellschaft erscheinen läßt, ist auf Wimpfheimer (S. 86 ff.) zu verweisen. Die herrschende Meinung vertritt die Identitätstheorie,[3] der

---

1. S. 81 ff.

2. Hauptvertreter Gierke, vgl. bes. Genossenschaftstheorie, Kap. V, S. 883 ff. und 893 ff. die Ausführungen vom „körperschaftlichen Nachleben".

3. So auch das RG. vgl. 54, 281; OLG. Frankfurt, Holdheims M. 1907, S. 18, und Wimpfheimer, S. 83, Anm. 5. Auch der Lösungsversuch von Wimpfheimer (die Gesellschaft solle erst mit Beendigung der Liquidation aufgelöst sein, also existiere sie im

m. E. auch hier zu folgen ist. Nach dieser erscheint die Gesellschaft in Liqu. nur als eine Abänderung der bisherigen Gesellschaft, man pflegt zu formulieren: Nur die produktive Seite der Gesellschaft höre auf. Im übrigen besteht die Gesellschaft zum Zwecke der Abwicklung fort (vgl. § 49 BGB., 730 BGB.). Es bleibt also die Identität der jur. Pers. oder der Gesellschaft als solcher gewahrt.[4] Diese Formveränderung einer Gesellschaft zur Gesellschaft in Liqu., für die zum Teil andere Rechtssätze gelten, unter Identität der jur. Pers. oder Gesamthand kann man als eine Umwandlung im Rechtssinne bezeichnen.[5]

Befindet sich eine Gesellschaft im Liquidationsstadium, so erhebt sich nun die Frage, ob eine solche Abwickelungsgesellschaft noch umgewandelt werden kann. Zunächst fragt es sich, ob die Zurückverwandlung in die bisherige Gesellschaftsform möglich ist. Für die off. HG. ist dies aus praktischen Rücksichten zu bejahen.[6] Die Zulässigkeit solcher Umwandlung ist für die off. HG. zwar nur für die Konkursbeendigung im Falle von § 144 HGB. ausgesprochen, aber bestimmte Rechtssätze stehen dieser Zurück-

---

Stadium der Liquidation, die in Gang gesetzt wird durch die sog. auflösungsbegründenden Tatsachen (S. 116) in ihren Grundlagen unverändert fort) kann man unter den Begriff der Identitätstheorie stellen.

4. Auf die Konstruktion soll in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden. Es bleibe dahingestellt, ob hier eine Fiktion vorliegt oder eine andere Erklärung wie z. B. die von Wimpfheimer, (s. oben Anm. 3) möglich ist.

5. Folgt man der Ansicht der Sukzessionstheorie, so würde Auflösung und Neubildung vorliegen, man könnte dann nur von einer wirtschaftlichen Umwandlung sprechen.

6. Dafür Dernburg, Das Bürg. R. II, 2 § 366, I, 4. Aufl. von Raape, S. 691; Lehmann-Ring Einl. Nr. 3 zum 4. Titel; Staub Anm. 2 zu § 131 HGB.; dagegen Goldmann-Lilienthal, Das BGB., Berlin 1903, 2. Aufl. Anm. 43 zu § 199; Gierke Gentheor. S. 480 Anm. 3; Wimpfheimer S. 126 ff.

verwandlung nicht entgegen, „einer allgemeinen gesetzlichen Anerkennung derselben wird es indessen nicht bedürfen.“[7] Gleiche Zurückverwandlungsfähigkeit kann für die KG., bürg. Ges., den nicht rechtsfähigen Verein und die Reederei, falls eine Veräußerung des Schiffes noch nicht erfolgt ist, im Liquidationsstadium in die Formen der arbeitenden Gesellschaften gelten.

Anders liegt dies aber bezüglich der jur. Personen. Die Gesetze geben zwar hier Bestimmungen für die Fortsetzung der Gesellschaft in den Fällen der §§ 307 HGB., 60 Nr. 4, 65 Abs. I GmbHG., § 49 Satz 2 PrivVersUntG. Diese können aber nur als Ausnahmen erscheinen. „In dem Auflösungsakte liegt der öffentliche Ausspruch, daß die Gesellschaft nicht länger im Verkehrsleben als Erwerbsgesellschaft auftreten könne oder wenigstens wolle. Der Wiedereintritt in das Verkehrsleben aber kann nur geschehen unter Beobachtung der Gründungsvorschriften.“[8]

In den Fällen, in denen man zur Ablehnung der Zurückverwandlung einer Gesellschaft in Liqu. in die werbende Gesellschaft kommt, muß auch eine Umwandlung im Rechtssinne der Liquidationsgesellschaft in eine arbeitende Gesellschaft, die einem anderen Gesellschaftstyp als die bisherige arbeitende Gesellschaft angehört, versagt werden.[9] Es ist also nicht zulässig, eine KGA. in Liqu. nach den §§ 332 ff. HGB. in eine werbende AG. umzuwandeln, dagegen wird die Uebertragung des Vermögens der aufgelösten KGA. durch die Liquidatoren an eine neu gegründete AG., also eine wirtschaftliche Umwandlung, erfolgen können.

Die Gesellschaften in Liqu., deren Zurückverwandlung in die arbeitende Gesellschaft zulässig erscheint, können

---

7. So KGJ. 25 A 82.

8. So Staub Anm. 1 zu § 307 HGB.; Staub-Hachenburg Anm. 3 zu § 60 GmbHG. Das gleiche Resultat bei Wimpfheimer S. 121 bis 135; vgl. daselbst auch genauere Ausführungen.

9. Vgl. auch Staub Anm. 5 zu § 307 HGB.

auch im Rechtssinne in eine werbende Gesellschaft eines andern Gesellschaftstyps umgewandelt werden, aber nur in eine solche, in die auch die bisherige werbende Gesellschaft im Rechtssinne umgewandelt werden konnte: z. B. eine oHG. in Liqu. kann in eine oHG. zurückverwandelt werden, eine oHG. kann in eine KG. umgewandelt werden, so kann auch die oHG. in Liqu. in eine KG. umgewandelt werden.[10] Die Auflösung der Gesellschaft wird hier wieder rückgängig gemacht. Der Beschluß der Gesellschafter, nicht mehr zu liquidieren, also wieder eine oHG. zu bilden, und den X. als Kommanditisten aufzunehmen, erfolgt dann in einem Akte. Dieser Beschluß stellt sich dar als eine Vereinbarung über eine andere Art der Auseinandersetzung, die ebenso wie nach der Auflösung vor der Liquidation (§ 145 HGB.), so auch während der Liquidation[11] erfolgen kann.

Kann der Uebergang einer oHG. zu einer anderen Gesellschaftsform nur durch wirtschaftliche Umwandlung erfolgen, so z. B. von der oHG. zur GmbH.,[12] so kann diese wirtschaftliche Umwandlung z. B. durch Uebertragung des Vermögens im ganzen nach der Auflösung vor[13] und während der Liquidation erfolgen. Hier wird die Auflösung aber nicht wieder rückgängig gemacht.

---

10. A. A. OLG. Rspr. 4, 452.

11. Vgl. KGJ. 39 A 111; Lehmann-Ring Nr. 3 zu § 145 HGB.; Staub Anm. 16 zu § 155 HGB.

12. Vgl. unten S. 85.

13. Vgl. Denkschrift zum Entw. eines HGB. (Carl Heymanns Verlag) S. 50 zu § 143.

Vierter Teil.

§ 11.

Uebergänge von Gesellschaften im engeren Sinne zu juristischen Personen.

Bisher sind in Teil I, II und III nur Umwandlungen von Gesellschaftsformen mit juristischer Persönlichkeit in Gesellschaftsformen, die auch wieder juristische Persönlichkeit hatten, oder von Gesamthandschaften ineinander dargestellt worden. Nun sind die Uebergänge von Gesellschaftsgesamthandschaften zu juristischen Personen zu behandeln.

Eine Umwandlung in diesen Fällen *nennt* das Gesetz nirgends. Ob aber die Fälle im Sinne einer Umwandlung vom Gesetz geregelt sind, und welcher von den drei Wegen: Identität, Universalsukzession, Singularsukzession, gegeben ist, soll im einzelnen untersucht werden.

Eine Umwandlung einer Gewerkschaft älteren Rechts in eine Gewerkschaft neueren Rechts *unter Aufrechterhaltung der Identität der Gesellschaft* sollen auch nach einer gleich zu besprechenden Ansicht die §§ 235 a bis g des allgemeinen Berggesetzes für die Preußischen Staaten vom 24. 6. 1865 enthalten, die durch Novelle vom 9. 4. 1873 eingefügt sind. Die Gewerkschaft älteren Rechts des preußischen Landrechts (ALR. II, 16) ist nicht juristische Person, sondern Gesellschaft,[1] während die neuere Gewerk-

1. So die herrschende Meinung; vgl. Klostermann zu § 226

schaft des allgemeinen Berggesetzes die juristische Persönlichkeit hat.[2] Wenn sich also ein Uebergang von der älteren Gewerkschaft zur neueren Gewerkschaft vollzieht, so liegt ein Subjektwechsel vor, eine Umwandlung im Rechtssinne ist also nicht zulässig; anstelle der Umwandlung findet eine Sukzession statt und zwar eine Singularsukzession, da die Zulässigkeit einer Universalsukzession nicht in den Gesetzesbestimmungen enthalten ist.[3] Es muß also auch, da ein Subjektwechsel vorliegt, das Bergwerk an die Gewerkschaft neueren Rechts aufgelassen werden. Dagegen meint Güthe:[4] „Der Eigentumsübergang würde nach den allgemeinen Regeln Auflassung erfordern. Trotzdem wird hier auf Grund des Wortlauts und der Absicht des Gesetzes das Gegenteil anzunehmen sein. Denn nach § 235 a wird nicht die eine Rechtspersönlichkeit durch die andere ersetzt, sondern die bereits bestehende Gewerkschaft unterwirft sich den Bestimmungen des 4. Titels; die Absicht des Gesetzes aber geht auf eine möglichste Erleichterung der Umwandlung.“ M. E. ist die Identität der Rechtsperson aus § 235 a nicht herauszulesen. Im Sinne von § 235 a ist „jede bereits bestehende Gewerkschaft“ eine solche, die nach dem in Betracht kommenden Bergrecht bei Eintritt der Gesetzeskraft des allgemeinen Berggesetzes die Natur einer Gewerkschaft hatte.

Die Unterwerfung unter die Bestimmung des 4. Titels,

Bergges. Schlüter-Hense Anm. III zu § 226; Wolff, Sachenrecht § 98, I S. 318; OLG. Köln in der ZBergR. 41, 364.

2. Vgl. oben S. 3 Anm. 2.

3. So auch Brassert-Gottschalk, S. 939, Anm. 3 zu § 235 a; Schlüter und Hense Anm. 3 zu § 235 a; Westhoff-Bennhold S. 359 Anm. 5 zu § 235 a.

4. Bd. 2 S. 1432 Anm. 22. Ferner halten eine Auflassung nicht für nötig: Arndt Komm. Anm. 3 zu § 235 a; Brassert ZBergR. 42 S. 493 unter Literatur; Dernburg, Sachenrecht § 153 S. 525 Anm. 14; Fuchs-Arnheim II S. 76 und Arnheim 2. Aufl. S. 86; Turnau-Förster 3. Aufl. S. 543.

der das Recht der neueren Gewerkschaft zum größten Teil unabänderlich regelt, bedeutet nicht ein Fortbestehen der älteren Gewerkschaft von jetzt an in dem Gewande der neueren Gewerkschaft. Auch eine Aktiengesellschaft z. B. kann sich den Bestimmungen über die EGen. unterwerfen, d. h. die Verfassung einer EG. annehmen, ohne daß de lege lata die Möglichkeit besteht, daß die Rechtsperson der AG. als fortbestehend gelten kann; die AG. muß sich auflösen, eine EG. neu gegründet werden. Die Motive zur Novelle vom 9. 4. 1873[5] enthalten keine Andeutung über den Willen des Gesetzes, hier Identität der Rechtsperson annehmen zu wollen, während z. B. bei der Umwandlung der KGA. in eine AG. das Gesetz, bei der Umwandlung einer off. HG. in eine KG. und umgekehrt die Motive[6] ausdrücklich das Fortbestehen der Rechtsperson hervorheben. Auch die übrigen Vorschriften der §§ 235 b bis g enthalten nichts, was auf eine Identität der alten Gewerkschaft mit der neuen schließen ließe. Die preußischen Kostengesetze vom 25. Juli 1910 verlangen in § 68 für die Eintragung in Ausführung von § 235 a des allg. Bergges. den Gebührensatz A, der nach § 58 für Auflassungen gefordert wird; während zur bloßen Umschreibung ohne Auflassung nach § 63 der Gebührensatz B berechnet wird.[7] Auch aus diesen Bestimmungen kann auf eine Auffassung des Gesetzes im Sinne eines Subjektwechsels geschlossen werden. So ist also der Uebergang von der Gewerkschaft älteren Rechts zur neueren nur unter Auflösung der älteren und Neugründung der Gewerkschaft neueren R. möglich.

Für die Uebergänge von den Gesellschaften des HGB.: off. HG., KG., Reederei zu AG., KGA., GmbH., EG.,

5. StenBer. Herrenhaus 2 Bd. S. 102 ff.

6. Vgl. oben Anm. 2, S. 61.

7. Vgl. auch Mügel, Komm. zu dem Pr. KostenG. v. 1910, 6. Aufl. 1910, S. 234, 265, 278.

VVaG., neuere Gewerkschaft und umgekehrt finden sich keinerlei Anhaltspunkte in den Gesetzen. Es müssen hier also die Grundsätze über Auflösung und Neugründung unter Singularsukzession gelten. Die Ablösung einer Gesamthand durch eine juristische Person und umgekehrt kann sich immer nur in Beziehung auf die Gesellschaft als Sukzession darstellen. Auch die Rechtsprechung und Literatur fordert für diese Fälle grundsätzlich Auflösung und Neugründung.[8]

Das Kammergericht hat für das frühere Recht nur die Umwandlung einer KGA. in eine einfache KG. ohne Eintritt einer Liquidation, durch Beschluß der Gesellschafter der KGA., fortan eine KG. zu bilden, ohne Erfordernis der Auflassung von Grundstücken für möglich erachtet.[9] Diese Auffassung bildete sich wohl deshalb, weil die KGA. damals nicht als eine juristische Person angesehen wurde.

Für das Verfahren bei den Fällen dieser wirtschaftlichen Umwandlungen mögen einige Beispiele angeführt werden: GmbH: in o. HG.

Die wirtschaftliche Umwandlung der GmbH. in eine off. HG. (bezw. KG.) kann sich in folgender Weise abwickeln:

Eine off. HG. wird neu gegründet. Die Mitglieder dieser neu zu gründenden off. HG. bestehen ganz oder zum Teil aus Gesellschaftern der umzuwandelnden GmbH. Die Gesellschafter der off. HG., die bisher Mitglieder der GmbH. waren, erhalten nun bei der Liquidation nach Ablauf des

---

8. Vgl. dazu die Entscheidungen: für den Uebergang von der off. HG. zur GmbH.: RG. 74, 6; OLG. Dresden im Recht 1905 S. 225, Nr. 1002; KGJ. 15, 39; KG. in GmbH.: Landgericht Metz im ZblFG., 10. Jhg., Nr. 260, S. 265; OLGR. 9, 246; off. HG. in Gewerkschaft: KGJ. 13, 220. Vgl. ferner Güthe S. 490 Anm. 20; Lehmann in der ZHR. 50, 33 und 36; Staub Anm. 49 zu § 105 HGB.

9. KGJ. 5, 36 ff.; 6, 62 ff.; vgl. dazu auch Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 332 HGB.; Staub Anm. 7 zu § 334 HGB.

Sperrjahres nach den §§ 72, 73 GmbHG. nach dem Verhältnis ihrer Anteile das Gesellschaftsvermögen. Die Anteile, die sie erhalten haben, bringen sie in die neue off. HG. ein. Bei diesem Verfahren erscheint die Uebertragung als ein Akt der Vermögensverteilung. Es kann statt dessen auch ein Verkauf des Geschäfts der GmbH. an die Mitglieder der off. HG. erfolgen, die Mitglieder der GmbH. waren. Der Kaufpreis, den sie dann der GmbH. schulden, und der bei Ablauf des Sperrjahres fällig ist, kann aufgerechnet werden mit dem, was sie als Gesellschafter bei der Liquidation erhalten.[10]

Die Umwandlung der off. HG. in eine GmbH. geschieht in der Weise, daß die off. HG. ihre gesamten Aktiva in die GmbH. einbringt.[11] Auch eine Einbringung der einzelnen Geschäftsanteile durch die offenen Handelsgesellschafter kann erfolgen,[12] sofern die offenen Handelsgesellschafter einig sind, denn dann steht § 719, I BGB. nicht im Wege.[13]

Ein ausführliches Beispiel[14] für einen Uebergang von einer off. HG. zur AG. vgl. bei Wolff-Birkenbihl S. 65 ff.

Soll aus einer Reederei eine AG. werden, so ist es wiederum möglich, daß die Mitreeder ihre Schiffsparten einbringen, oder, daß das Schiff als Ganzes in die neu zu gründende AG. eingebracht wird.

---

10. Nähere Ausführungen vgl. bei Staub-Hachenburg Anm. 47 zu § 80 GmbHG.

11. Ueber ein Konkurrenzverbot vgl. Bauers Z. XXII, Jhg. 1915, S. 206.

12. Vgl. RG. 74, 6 ff., ferner vgl. auch Staub-Hachenburg Anm. 48 zu § 80 GmbHG. Anders aber im österr. Recht: Oberster Gerichtshof in der Sammlung von Jolles-Geller, 11. Bd. 1910, S. 372 ff.

13. Vgl. Staudinger II, 2 zu § 719 BGB., II, 1 d; Lehmann-Ring Vorbem. zu § 105 HGB. S. 333; Staub Anm. 6 und 7 zu § 186 HGB.

14. Vgl. auch RG. in Jur. Woch. 1908, 686, 25.

Die wirtschaftliche Umwandlung einer off. HG., die ein Bergwerk besitzt, in eine Gewerkschaft geschieht durch Aussonderung des Bergwerks aus dem Gesellschaftsvermögen und durch Auflassung des Bergwerks an die neu gegründete Gewerkschaft.[15]

Ein Beispiel für die Umwandlung einer altrechtlichen Gewerkschaft in eine GmbH. gibt die Kammergerichtsentscheidung in KGJ. 36 A 131.

Auch bei dem Uebergange von den Gesellschaften des BGB. (nicht rechtsfähiger Verein und bürgerlich-rechtliche Gesellschaft) zu juristischen Personen müssen die Grundsätze über Auflösung und Neubildung mit Universalsukzession gelten, so z. B. wenn eine Terraingesellschaft, die bisher als bürgerlich rechtliche Gesellschaft bestand, sich in eine GmbH. umwandeln will. Dies kann nur als wirtschaftliche Umwandlung vor sich gehen.

Zweifelhaft aber wird die Entzcheidung dann, wenn der nicht rechtsfähige Verein oder die bürgerliche Gesellschaft nur das Vorstadium für eine entstehende jur. Person, z. B. rsf. Verein oder AG., oder GmbH. abgeben wollte. Diese Materie ist in der Literatur sehr umstritten. Wenden wir uns zuerst dem Hauptfall zu, der Entstehung des rechtfähigen Vereins aus dem nicht rechtsfähigen.

Ein nicht rechtsfähiger Verein wird dadurch ein rechtsfähiger, daß ihm vom Staate die Rechtsfähigkeit erteilt wird. Bezüglich dieses Vorganges werden nun in der Literatur drei Ansichten vertreten:

1. Die sog. Identitätstheorie.[16] Der nicht eingetragene

---

15. Vgl. KGJ. 13, 220 ff.

16. Vertreter: Güthe S. 490, Anm. 19; Hachenburg, Vorträge über das BGB. S. 481 ff.; Oertmann Vorbem. 6 zu § 21 BGB.; Planck-Knoke Anm. 8 zu § 21 und Anm. 9 zu § 925 BGB; Predari S. 58; Staudinger Anm. VII 2c und VIII zu § 21 BGB. Entscheidungen: RG. in SeuffA. 56 Nr. 241; 67, 305 und nächste Anm. 17.

und der eingetragene Verein sind identisch, Vermögen und Schulden des bisherigen nicht rechtsfähigen Vereins werden ipso iure Vermögen und Schulden des rechtsfähigen Vereins. „Der bereits vorhandene Verein besteht von der Eintragung an als juristische Person weiter, als solcher stellt er zwar ein neues Rechtssubjekt dar, aber dieses Rechtssubjekt setzt ein bereits vorher vorhandenes Rechtsgebilde fort.“[17] Der Wortlaut des Gesetzes in den §§ 21, 22 BGB. wird vielfach, m. E. zu Unrecht für diese Ansicht angeführt.[18]

2. Es tritt beim Uebergang vom nicht rechtsfähigen zum rechtsfähigen Verein Gesamtnachfolge ein.[19]

3. Der nicht rechtsfähige Verein wird aufgehoben, der rechtsfähige Verein entsteht.[20] Eine Auseinandersetzung nach § 730 BGB. braucht nicht zu erfolgen. Es findet ein Subjektwechsel statt. Bisher stand das Vereinsvermögen den Mitgliedern zur gesamten Hand zu, nunmehr gehört es der juristischen Person. Die wichtigste Folge dieser Auffassung ist die Notwendigkeit der Auflassung von Grundstücken, vgl. oben S. 44.

Die Annahme einer Haftung des rechtsfähigen Vereins für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins bereitet

---

17. RG. 85, 259.

18. So bei Planck-Knoke s. Anm. 16 S. 86.

19. So Deitigsmann, Diss. S. 45; Gierke Vereine S. 9, der von Identität und Sukzession zu gleicher Zeit spricht. Vgl. die Anm. 73 S. 589 bei v. Tuhr, Allgem. Teil; Jaraczewer Diss. S. 26/28; Kohler Lhb. d. BürgR. Berlin 1906, Bd. I, § 146, S. 350.

20. Vertreter dieser Ansicht sind: Biermann, Bürg. Recht, I. Bd. Allgem. Lehren, Berlin 1908, § 135 Z. 1, der zwar von Identität spricht, trotzdem aber Auflassung fordert und daher wohl zu den Anhängern der Ansicht unter 3 gehört, dazu auch Sachenrecht S. 188, Anm. 8 zu § 925 BGB.; Dernburg I, § 78, V; Enneccerus I, § 100, VII, S. 255; Matthias Lhb. d. Bürg. R., 6. u. 7. Aufl. 1914, § 27, II A 5 S. 52; Neudegger im ArchBürgR. 34, 114; Neumann in DJZ. 1902, S. 292; Reineke in DJZ. 1908, S. 245; v. Tuhr, Allgem. T. I, S. 588.

nach dieser Auffassung von dem Untergange des nicht rechtsfähigen Vereins und der Entstehung des rechtsfähigen Vereins Schwierigkeiten. Verschiedene Juristen haben eine stillschweigende Uebernahme der Schulden angenommen,[21] wobei freilich die Genehmigung des Gläubigers nach § 415 BGB. fehlt, die aber, wenn sie nicht besonders verweigert wird, was in diesem Falle kaum anzunehmen sein wird, als erteilt unterstellt werden kann. Reineke in der DJZ. 1908, S. 245 konstruiert zur Schuldübernahme durch den rechtsfähigen Verein einen Vertrag zwischen dem rechtsfähigen Verein und den Gläubigern des nicht rechtsfähigen Vereins zu Gunsten Dritter, d. i. hier des nicht rechtsfähigen Vereins. Das ist m. E. abzulehnen, da der nicht rechtsfähige Verein bereits aufgelöst ist; es müßte heißen: zu Gunsten der Handelnden, die für den nicht rechtsfähigen Verein kontrahiert hatten; außerdem ist ein stillschweigender Vertrag mit den Gläubigern eines Dritten eine allzu künstliche Konstruktion. Nach § 54 S. 2 BGB. wird die persönliche Haftung des Handelnden neben der Haftung des nicht rechtsfähigen Vereins bestehen bleiben. Diese Haftung lehnt die Praxis mehr und mehr ab, wo es sich um das Kontrahieren für einen sog. Vorverein, also in der Tat für den rechtsfähigen Verein handelt.

Nach der Identitäts- und Universalsukzessionstheorie besteht die Haftung des rechtsfähigen für die Schulden des nicht rechtsfähigen Vereins ohne weiteres.

Bei der Stellungnahme zu den drei Theorien kann hier nun folgendes gesagt werden:

Eine Gesamtnachfolge ist mangels jedes gesetzlichen Anhalts ausgeschlossen; eine solche kann nur da eintreten, wo das Gesetz sie anordnet.[22]

---

21. So z. B. Neumann s. oben Anm. 20 S. 87. Dernburg (s. dieselbe Anm.) vertritt zwar die Nichtidentität, folgert aber die Haftung aus der „Rechtskontinuität" des nicht rechtsfähigen Vereins mit dem rechtsfähigen.

22. Vgl. v. Tuhr, Allgem. T. II, S. 87 ff. Auch Universal-

Die Entscheidung zwischen der Identitätstheorie und der Singularsukzessionstheorie ist zu Gunsten der letzteren zu treffen. Zwar beseitigt die Identitätstheorie die geschilderten praktischen Schwierigkeiten, dagegen ist der Sukzessionstheorie darin beizustimmen, daß die Ablösung mehrerer durch ein Gesamthandsverhältnis verbundenen Rechtssubjekte durch eine juristische Person in Beziehung auf die Personenvereinigung als Sukzession erscheint. Trotz dieser Sukzession Identität des Rechtssubjekts, und dies sogar bei Schweigen des Gesetzes anzunehmen, ist daher m. E. nicht richtig.

Was für den Uebergang vom Vorverein zum rechtsfähigen Verein des BGB. gesagt wurde, kann ebenfalls für die Entstehung anderer juristischer Personen gelten. Wenn eine AG., eine GmbH., eine EG. usw. im Entstehen begriffen ist, so bildet sie nach der einen Ansicht in der Literatur eine Gesellschaft des BGB.[23] nach der anderen Ansicht einen nicht rechtsfähigen Verein.[24] Der Uebergang dieser Vorgesellschaften, gleichgültig, ob man sie als bürgerliche Gesellschaften oder als nicht rechtsfähige Vereine auffaßt, zur juristischen Person vollzieht sich im Wege

---

sukzession nach Analogie von § 418 und 768, I, 2 BGB., wie Jaraczewer sie vorschlägt (s. Anm. 19) ist abzulehnen.

23. So die herrschende Meinung, die auch dem Text zu Grunde liegt. Hauptvertreter: Düringer-Hachenburg, Bd. IV, 1, S. 13; Geiler in LZ. 1911, S. 510; Staub Anm. 4 zu § 188 HGB. Entscheidungen: RG. 58, 56; im Recht 1910, Nr. 4076; in JW. 1904, S. 395, 27; RGSt. 36, 73; Pr. OVG. in DJZ. 1902, S. 511; OLG. Hamburg in Bauers Z. XII. Jhg. 1904/05, S. 185; OLG. Bamberg in LZ. 1910, S. 872.

24. So Makower, S. 486 II b zu § 188 HGB.; Lehmann-Ring Nr. 1 zu § 200 HGB. usw. Müller in DJZ. 1905, S. 809, will die Entscheidung auf den Willen der Parteien in jedem konkreten Falle abstellen. Die Unterscheidung, ob bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder nicht rechtsf. Verein wird praktisch für die Anwendbarkeit v. § 54, S. 2 BGB., der für die AG. in § 200, I, 2, für die GmbH. in § 11, II GmbH. wiederholt ist.

der Singularsukzession, es liegt nur eine wirtschaftliche Umwandlung vor. Eine Auflassung an eine Gesellschaft im Gründungsstadium, die bewirken soll, daß die später zur Entstehung gelangende juristische Person dann die Grundstückseigentümerin ist, kann m. E. nicht möglich sein.[25]

Das gleiche muß für den Uebergang von der jur. Person zur Gesellschaft ohne jur. Person gelten. Wenn einem rechtsfähigen Verein die Rechtsfähigkeit entzogen wird, so kann er wohl sein Dasein als nicht rechtsfähiger fortsetzen, es tritt aber wiederum wegen des Subjektswechsels keine Umwandlung im Rechtssinne ein. Der rechtsfähige Verein tritt in Liquidation oder sein Vermögen fällt, wenn es an einer Bestimmung der Anfallberechtigten fehlt, an den Fiskus als Gesamtnachfolger (§ 45 BGB.). Wollen die Mitglieder des dann aufgelösten rechtsfähigen Vereins weiter einen nicht rechtsfähigen bilden, so müssen sie einen nicht rechtsfähigen Verein neu gründen. Die Satzung des rechtsfähigen Vereins kann bestimmen, daß das Vereinsvermögen im Falle eines Uebergangs in einen nicht rechtsfähigen Verein an die jeweiligen Mitglieder des nicht rechtsfähigen Vereins zur gesamten Hand fallen solle. Befinden sich in diesem Vermögen Grundstücke, so müssen sie aufgelassen werden.

Die Uebersicht am Schlusse dieses Abschnitts über die Uebergangsfälle von Gesamthandschaften zu jur. Personen lehrt, daß sich dieser Uebergang nur als Auflösung und Neugründung unter Singularsukzession vollziehen kann.

---

25. So Staub-Hachenburg Anm. 4 zu § 11 GmbHG.; a. M. OLGRspr. 6, 486, Landgericht Frankenthal im Zbl. FG., 2. Jahrg. 1902, S. 730; Güthe Anm. 41 S. 506 zu § 20 GBO., Staub Anm. 6 zu § 200 HGB.

Lebenslauf.

Am 17. Juni 1892 wurde ich zu Berlin als Tochter des Kaufmanns Heinrich Eisner und seiner Gattin Fanny geb. Mendelssohn geboren, bin israelitischer Konfession und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Von Ostern 1899 bis Ostern 1909 besuchte ich die Luisenschule zu Berlin, die ich mit dem Abgangszeugnis der Oberklasse verließ. Ich bereitete mich dann durch Privatstunden in einem Zirkel bei Herrn Dr. Auerbach in Charlottenburg zum Abiturium vor und bestand im September 1912 die Reifeprüfung auf dem Kgl. Luisengymnasium zu Berlin. Von Oktober 1912 bis August 1915 studierte ich auf der Universität Berlin Jura. Vorlesungen hörte ich bei den Herren Professoren: Anschütz, Bornhak, Brunner, Bruns, Goldschmidt, Hellwig, Heymann, Jastrow, Kahl, Kipp, Kohler, v. Liszt, Neubecker, Riesser, v. Schwerin, Seckel, Sering, Triepel, Wolff.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit gab Herr Professor Frh. v. Schwerin, dem ich auch an dieser Stelle meinen ergebensten Dank ausspreche.